

O ditame dos prudentes: o papel da história do direito na doutrina processual civil contemporânea

André Luiz Figueira Cardoso¹

Resumo

Trata-se de monografia a respeito do papel da História do Direito nos Manuais de Direito Processual Civil. Partindo de uma delimitação da mentalidade positivista, chega-se a conclusão de o Juspositivismo, associado àquela mentalidade, dela se diferencia principalmente por uma intensa repulsa à História. Investigam-se, então as relações da Dogmática Jurídica com o Juspositivismo, bem como sua anterioridade a ele e suas posturas com relação à História. Passando à análise do contexto das letras jurídicas brasileiras ao tempo do ingresso da mentalidade positivista, visa-se esclarecer a influência intelectual de Portugal no pensamento jurídico pátrio bem com as consequências das peculiaridades do positivismo brasileiro no Direito. A partir daí, analisam-se manualistas de Processo Civil contemporâneos, apontando-se-lhes as semelhanças e distinções.

Palavras-chave: História do Direito. Dogmática Jurídica. Juspositivismo. Letras jurídicas brasileiras. Manuais de Processo Civil.

Introdução

Direito é ciência. Se existe algum enunciado unânime no espinhoso dis-

¹ Bacharel em Direito pelo UniCeub. Esta monografia, orientada pela Prof^a Me. Bistra Stefanova Apostolova, foi apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em direito do Centro Universitário de Brasília. A banca examinadora indicou o trabalho para concorrer ao concurso de monografias Victor Nunes Leal. Concurso no qual o trabalho foi classificado em 3º lugar.

¹ Tome-se, por ora, à guisa de definição, a de FERRAZ JUNIOR: “Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se,

curso da Dogmática Jurídica², é certamente este. De fato, muitos Manuais³ têm-no como pressuposto, assumindo-o como premissa fundante⁴ em suas exposições.

O caráter científico do Direito, porém, nada tem de natural ou necessário. Essa assertiva, hoje tida como senso comum, foi decorrente de um demorado esforço de construção intelectual, de duração secular (grosso modo, de inícios do século XIX até a segunda metade do XX), contemporâneo⁵ e relacionado ao

assim, ao postulado da pesquisa independente.” FERRAZ JUNIOR. Tércio Smapaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

³ Para KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001. Um manual é um texto cuja autoridade concede autonomia à matéria por ele abordada, e que tende a firmá-la em sólidas bases paradigmáticas. Não necessariamente aborda todos os aspectos possíveis, e raramente formula respostas a todas as questões existentes em seu âmbito. Por motivos variáveis, assume a posição de cânone que balizará o pensamento posterior sobre a sua área de abordagem. No campo jurídico, os Manuais, mais conhecidos coletivamente como “Doutrina” têm um papel peculiar. Por exemplo, não lutam para conceder autonomia epistêmica ao Direito enquanto objeto de estudo – pois ele tem sua “raison d’être numa necessidade social exterior” (p.40), diferentemente de outros ramos do conhecimento, onde os Manuais têm de assumir uma postura afirmativa. Sobre este tópico se retornará mais adiante (capítulo 2.3 deste trabalho).

⁴ Não raro, doutrinadores de Introdução ao Estudo do Direito assumem como um pressuposto – ou como petição de princípio –, a cientificidade do saber jurídico. Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1-8; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7-9; p.15-17; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40. Expressiva, nesse sentido, é a voz de DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6. No último trecho mencionado se encontra a afirmação incidental de que um “ponto de vista científico” sobre o Direito só é possível dentro de um “campo técnico” delimitado pela dogmática, fora do qual todo argumento tende a ser “metajurídico”.

⁵ Questão relevante é saber se o atual conceito de Ciência Jurídica, ou, antes, se a idéia de se atribuir tal status científico ao saber jurídico: 1) decorre ou foi influenciada fortemente pelo Positivismo Jurídico; 2) é coetânea com o fenômeno positivista, sendo ambos os fenômenos rebentos de uma mesma época; 3) é anterior ao Positivismo Jurídico e influenciou o contemporâneo. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 13-18, de se considerar a idéia de “cientificidade” do Direito algo desvinculado da Dogmática e não totalmente justaposto ao Positivismo Jurídico, ou, numa palavra, de considerá-la não um pressuposto, mas um problema do próprio conhecimento jurídico. Problema este que exige em sua formulação e abordagem, como enfaticamente insiste SALDANHA, acima mencionado, não apenas consciência histórica, como principalmente consciência da historicidade do Direito. Para mais, ver SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 22, n. 85, jan./mar. 1985, p. 238.

movimento conhecido como Positivismo Jurídico⁶ – ainda que não se circunscreva a ele⁷.

Este esforço envolveu a separação do saber jurídico de seus aspectos filosóficos e históricos. O conhecimento dogmático daí resultante reduziu a Filosofia do Direito e a História do Direito a um papel ancilar do saber “científico”⁸. A Dogmática as usa para fundamentar sua pretensão de ser a expressão magna do saber

sua formação. Estas hipóteses, formuladas apenas pelo amor ao debate, remete ao tópico da relação existente entre a “Ciência Jurídica” e o “Positivismo”, não tão claras e lineares como muitos supõem. Além disto, tocam no ponto sensível, já tangenciando por alguns autores HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005, p. 345-375; SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964, p. 52-58; LOUREIRO DE SOUSA, Ana Paula. *O pensamento filosófico-jurídico português*

⁶ É necessário anotar desde já que “Positivismo Jurídico” não é um movimento monolítico. Tampouco o é o “Positivismo das Ciências Sociais”, sobre cujos atributos e distinções se falará no tópico 2.1 e 3.2 adiante. Por ora, basta ressaltar que quando se fala em Positivismo Jurídico, se faz referência a um conjunto de idéias tidas como significativamente características deste movimento (seu caráter antimetafísico, seu cientificismo, o reducionismo do Direito (reduzindo-o ao “fato positivo”, à “lei” ou à “norma jurídica”), o rigorismo metodológico, etc.) Fica aqui, não obstante, o registro de que o “Positivismo” não é um movimento uniforme: “Os positivistas com frequência discordam acerca de que doutrinas são essenciais para sua posição ou como estas idéias devem ser interpretadas, e o termo “Positivismo” adquiriu o significado de um conjunto de idéias para as quais alguns positivistas não teriam dado total endosso.” KINCAID, Harold. Positivism in the social sciences. In: Routledge encyclopedia of philosophy. Version 1.0, London: 1998. 1CD-ROM. Windows XP. Tradução livre.

⁷ A “positivação” do Direito, ou seja, a depuração do fenômeno jurídico de elementos que dele não fariam parte – como a política, a história e, num certo sentido, a filosofia – antecede, acompanha e, num certo sentido, sucede ao Positivismo Jurídico, se em tal movimento se puder situar temporalmente ou distinguir em fases internas de evolução vide, a respeito, ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. A insustentável leveza juspositiva: da utopia científica à hermenêutica como “terapia filosófica”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: a filosofia no direito e a filosofia do direito*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v.1, n. 5, p. 189-199.

⁸ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 68 e passim. Neste trabalho, se partirá da assunção de que há uma relação umbilical entre o Positivismo e os postulados “científicos” por meio dos quais as ciências sociais – e o Direito – vieram a ignorar os fatores “sociais, psicológicos e históricos” que as influenciam, assim como as “práticas empíricas da pesquisa social”: tal postura decorreria, em larga medida, da “ênfase positivista na explicação lógica” KINCAID, Harold. Positivism in the social sciences. In: Routledge encyclopedia of philosophy. Version 1.0, London: 1998. 1CD-ROM. Windows XP. Tradução livre, §2º).

jurídico, enquanto ao mesmo tempo se desvincula daqueles saberes, proclamando sua autonomia.

Não obstante, a Dogmática Manualista contemporânea, é vista amiúde a sustentar, tanto quanto necessário, seus posicionamentos e premissas em remissões filosóficas e históricas. Citações encontram-se a granel, em notas de rodapé ou na parte inicial dos Manuais dos mais variados ramos do Direito.

Uma breve folheada nos mais populares Manuais torna evidente que a quase totalidade deles dedica algum espaço à “gênese histórica” deste instituto jurídico ou à “notícia histórica” daquele outro. Não obstante, tais digressões eruditas resumem-se, com grande freqüência, à enunciação de peculiaridades anedóticas concernentes a priscas eras⁹ e impropriedades não raro esdrúxulas. Tomem-se, por exemplo, os compêndios de Processo Civil ou de Teoria Geral do Processo.

Eqívoco típico destes Manuais é buscar – e invariavelmente encontrar, diga-se de passagem – no direito romano a origem primeva da enorme maioria, se não da universalidade dos institutos do processo civil contemporâneo¹⁰. Outro deslize comum é encarar a relação entre o direito romano e o brasileiro como linear, contínua, evolutiva, direta e destituída de intermediários, minimizando, ignorando ou mesmo silenciando¹¹ a respeito da importância do direito lusitano e do canônico na formação do pátrio. Derrapam, ainda, ao projetar, anacronicamente, conceitos contemporâneos em épocas às quais estes não pertencem nem se en-

⁹ São as “escapadas” a que se refere OLIVEIRA em sugestivo artigo OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurabi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: <[www.esmape.com.br/downloads/ Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf](http://www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf)>. Acesso em: 25 jan. 2008. Veja-se também FRAGALE FILHO, Roberto. *Quando a empiria é necessária?* Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Roberto%20Fragale%20Filho.pdf>. Acesso em 25 fev. 2008.

¹⁰ Poucos são os que se dão ao trabalho de mencionar o papel dos glosadores e do direito canônico, como MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Millenium, 2003. p. 53-54. v. 1

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9-21. Assim também GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3-19.

quadram sem reservas, como por exemplo, ao visualizar, no “Estado”¹² romano, as mesmas balizas, limitações e atributos típicos do Estado hodierno.

No catálogo de erronias históricas cometido pelos Manuais de Processo, não é incomum encontrar quem ultrapassa as fronteiras do mero equívoco para penetrar profundamente no campo do erro crasso¹³; quem dá expressivas demonstrações de ignorância sobre conceitos básicos de historiografia¹⁴; e quem se perde negligentemente, evitando o trabalho de verificar a correção de supostas fontes históricas¹⁵. Poucos são os que, ao estudar a História das instituições processuais, fazem-no com apuro e simplicidade – ainda que de uma forma superficial e discutível¹⁶.

¹² O próprio termo “Estado”, bem como o conceito que ele abarca – com o qual comunga, em linhas gerais, a concepção moderna –, é fruto da reflexão política renascentista. Portanto, estritamente falando, seria um anacronismo usá-lo ao referir-se a entidades políticas da Antigüidade. No entanto é possível discutir até que ponto o conceito de Res Publica romano serviu de inspiração à reflexão do Renascimento, possuindo com ele pontos de contato. Há, é bem verdade, uma certa tradição no uso do vocábulo, o que, porém, deve ser feito com a devida cautela. Destarte, justifica-se, nesta monografia, feitas tais ressalvas, o uso do termo “Estado”, e outros semelhantes para referir-se ao concerto político romano, que logrou manter uma continuidade milenar Sالدانها, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 7, n.26, p. 41-42 out./dez. 1983. Sالدانها, Nelson. O Direito público romano como imagem histórica. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 10, p. 60, jul./dez. 1996, p. 60.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 44. Para este autor, por exemplo, o feudalismo começa em 476. d.C..

¹⁴ Por exemplo, há quem afirme a eternidade de determinados institutos jurídicos. CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40. v. 2. Para o autor, a “tutela cautelar sempre existiu”. Tal assertiva tornaria a tutela cautelar anterior ao próprio direito e mesmo antecedente ao homem, que, sem dúvida alguma, nem sempre existiu.

¹⁵ Em geral, Manuais de Teoria Geral do Processo ou de Introdução ao Processo não citam sequer um livro de História de Direito, ou mesmo de História Geral.

¹⁶ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 53-95; e Idem, *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas, São Paulo: Millenium, 1999, p. 95-118. v. 1 Ainda assim, contra este doutrinador poderiam ser levantadas as críticas de servir-se do passado para enobrecer o presente, supondo, portanto, uma idéia de “progresso jurídico” implícita. Ver, a respeito da idéia de “evolução”, DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 09-23 e passim .

Para além daquelas oriundas das inúmeras incorreções históricas, a inegável presença da História nos compêndios jurídicos desperta outra questão. A adoção – nem sempre declarada –, por parte dos Manuais de Processo Civil, de uma mentalidade positivista, os deixa numa delicada posição. Pois, sendo positivistas, não deveriam prescindir da História, ou até mais, abandoná-la por completo¹⁷?

A partir do exposto, é possível formular as seguintes perguntas:

Como se insere a Dogmática Contemporânea no contexto do Positivismo Jurídico?

É possível afirmar que a Doutrina de Processo Civil Contemporânea tem, ainda que majoritariamente, uma determinada visão da História do Direito e do direito romano?

Em caso afirmativo, é possível asseverar que esta visão tem como características a valorização excessiva do direito romano e a desvalorização da influência lusitana no direito brasileiro?

Neste sentido, qual é o papel da História do Direito e do direito romano na Dogmática?

A partir destes problemas, é possível formular determinadas hipóteses:

A Dogmática dos Manuais só se enquadra, e ainda assim com alguma imprecisão, em uma determinada formatação de Positivismo: a bem da verdade e a rigor, é possível afirmar até mesmo que boa parte dos Manuais sequer são, de fato, positivistas.

A maioria da Doutrina processualística detém uma visão da História do Direito – em especial a do Direito Romano – dotada de elementos e caracteres comuns identificáveis.

¹⁷ Veja-se o tópico 2.2 deste trabalho.

A História do Direito é utilizada com o fim precípua de legitimar e justificar; de “naturalizar” a ordem jurídica vigente e de torná-la o pináculo evolutivo do Direito.

2. O traço longo e pesado: Ciência Jurídica, Positivismo Jurídico e Dogmática

2.1 Positivismo(s): distinções e definições iniciais

A primeira e mais importante coisa a ser dita sobre o Positivismo é que não há apenas “um Positivismo”: há vários¹⁸. As distinções entre as variadas espécies são tão extensas, que, a rigor, seria mais correto referir-se não a vertentes ou correntes diversas, mas tão-somente a um “Positivismo Sociológico”, um “Positivismo Psicológico”, um “Positivismo Jurídico”¹⁹, e assim por diante.

Com isto não se quer dizer, todavia, que cada um dos Positivismos possua atributos intelectuais totalmente autônomos, individuais e estanques. Demonstra-

¹⁸ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 46-47; p. 66. De modo análogo, afirma HESPANHA existirem vários “jusnaturalismos” cf. HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 289-306, e o mesmo SALDANHA, vários “historicismos” cf. SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964.p. 64. Na última obra citada, aliás, encontra-se passagem em que o autor faz distinção, com base em WIEACKER, entre o “positivismo filosófico de raiz comtiana, positivismo legal ou normativista e positivismo científico, sendo este no caso vinculado ao Direito positivo e à teoria científica do direito, positiva nos seus resultados e em seu objeto.” A questão é, porém muito mais sutil e multifacetada; tanto mais que este mesmo autor, no mesmo trecho, menciona ainda autores que falam num positivismo jurídico característico da “Escola Histórica” alemã, distinto de um positivismo legalista ou normativista (*Ibidem*, p. 49). E, para quem estuda o fenômeno do lado de cá do Atlântico, é preciso ainda lembrar da idiossincrática penetração das idéias do positivismo comtista na América Latina e no Brasil MARTÍ, Oscar. Positivism thought in Latin America. In: *Routledge encyclopedia of philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1CD-ROM. Windows XP.

¹⁹ Diga-se de passagem, falar em “um Positivismo Jurídico” é, a rigor, incorreto. Para as principais variações do Positivismo Jurídico, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 49-113.

-o a manutenção substantiva do nome “Positivismo” a indicar claramente a existência de um parentesco comum, que as mais variadas adjetivações não podem eliminar, porquanto componentes, todas as vertentes, de um mesmo “grupo taxonômico muito vasto, amorfo e mal definido.”²⁰

O Positivismo, cujos limites e definições parecem fluidos e indefinidos no contexto da Filosofia da Ciência, adquire ainda maior complexidade e nuance quando se observa sua situação no âmbito do saber jurídico.

Em primeiro lugar, a mera quantidade de tendências em que se ramificou este movimento intelectual, em adição às correntes jurídicas já existentes quando de seu surgimento e consolidação, entre os séculos XIX e XX, já aconselha evitarem-se classificações categóricas ou sistematizações pretensamente completas, como sugere Gilissen²¹:

É praticamente impossível resumir em algumas páginas toda a história da doutrina nos sécs. XIX e XX, pois as tendências e as opiniões dos juristas revelam-se muitas vezes diferentes em cada um dos ramos do direito. Qualquer classificação muito sistemática é, aliás, temerária.

Por certo, a mentalidade positivista, que se manifestou ao longo dos séculos XIX e XX nos mais diversos campos intelectuais europeus²², marcou o espírito de uma época descrita por Loureiro de Sousa²³ como um período de ‘crença no poder e certeza da razão humana’, entendida como razão científica, segundo a qual o verdadeiro conhecimento tinha de estar subordinado aos métodos positivos das ciências naturais, que, acreditava-se, seriam capazes de explicar toda a realidade. As leis descobertas eram neutras, imutáveis e absolutamente necessárias, pelo que a ciência revelava uma perspectiva *monista* e profundamente *intelectualista* da re-

²⁰ OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d.

²¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003

²² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 45. Sendo certo, porém, seu particular impacto, “no decurso do segundo terço do século XIX”, em “mais ou menos todas as ciências do espírito”.

²³ LOUREIRO DE SOUSA, Ana Paula. *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005. p. 13-14.

alidade, mediante a qual, pelos conceitos abstractos, ‘procura definir as essências últimas e explicar, em fórmulas vazias e imóveis, a complexa, a rica e a semovente realidade’. Consequentemente, a metafísica e a ontologia foram desvalorizadas e a epistemologia que dominava respeitava à biologia, à matemática e às ciências físico-químicas.

A compreensão do ambiente subjacente e circunstante ao fenômeno positivista, em sua complexidade é, igualmente, óbice à qualquer tentativa de classificação categórica necessária à formulação de definições, como ilustra Hespanha²⁴:

A metodologia jurídica dos séculos XIX e XX conheceu diversas escolas. Em parte, elas respondiam a problemas e necessidades internas ao saber e à prática do direito. Mas, em grande medida, elas reflectiam também as grandes temáticas sócio-políticas, filosóficas e metodológicas da época.

É de se considerar o caráter “local” do fenômeno positivista, ou seja, assumir que, enquanto resposta à “problemas e necessidades internas ao saber e à prática do direito”, e, ao mesmo tempo, enquanto resultado de um determinado ambiente cultural e político, o Positivismo detém peculiaridades que dificultam

²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 58-59. Ressaltem-se aqui as palavras de SALDANHA (SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 24; 62) ao discutir a pertinência da adoção de um conceito de “Ocidente”, que, em sua opinião, “revela um certo relativismo cultural”, já que há “circunstâncias históricas presidindo ao próprio uso da expressão”; mas, que de “certo modo a autoconsciência do ‘ocidente’ é uma ampliação, senão projeção da ‘Europa’, cujo hábito de fazer a história em torno de seu próprio ser tem sido denunciado por SPENGLER, TOYNBEE, etc. Também importam certos componentes espaciais do problema, que trazem o caso da ‘área’ do Ocidente; é uma questão, dentro disso, a de saber se a Rússia faz parte do Ocidente”. Seria de se perguntar, neste contexto, não se o Brasil estaria, de fato, dentro do “Ocidente”, mas sim em que termos e em que condições os caracteres “locais” apontados por HESPANHA – ele mesmo europeu, frise-se – seriam aplicáveis ao Brasil. Parece patente que, pelo menos no restrito âmbito da Dogmática Jurídica, do Direito Positivo e de seu estudo, amiúde têm-se aplicado, sem ressalvas, não apenas soluções de caráter inegavelmente ‘local’, oriundas de terras europeias e anglo-saxãs; antes, têm-se aplicado,

²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 341.

a formulação de juízos universalizantes – ou melhor, que restringem o âmbito da enunciação destes juízos. Neste contexto, faça-se uso da definição do jurista luso²⁵:

O passado jurídico devia ser, portanto, lido de forma a respeitar a sua alteridade, dando conta do carácter ‘local’ do sentido dos problemas, da justeza das soluções, da racionalidade dos instrumentos técnico-dogmáticos utilizados. Ou seja, do modo como todos estes elementos dependiam de condições históricas concretas de produção de sentido, quer estas condições se ligassem aos contextos sociais da prática discursiva, quer se relacionassem com os particulares universos culturais dos actores históricos.

É com isto em mente (i.e., o grande número de correntes jusfilosóficas; a complexidade do ambiente; a ‘localidade’ das idéias em análise) que deve ser encaixado o movimento positivista: é no âmbito daquelas “grandes temáticas” – e como uma delas – que delimitaram e marcaram os contornos do pensamento de sua época.

Feitas tais ressalvas, é possível afirmar que todas as diversas manifestações do Positivismo, não obstante, possuem determinada gama de elementos comuns. Comungam todos de uma mesma “*mentalidade positivista*”, que, como assevera Saldanha²⁶, “*veio do racionalismo e do iluminismo, este já com uma vertente pragmatizante, voltada para o saber empírico*”, decorrendo, por outro lado, também “*da aversão de certos intelectuais à ‘metafísica revolucionária’*” de fundo jusnaturalista²⁷.

Essa mentalidade “*consumou [um]a tendência [epistêmica] a tratar de ‘fenômenos’ (não de nômenos, não de essências)*”, e resultou na criação do saber

o que nos parece mais grave, sua particular e igualmente ‘local’ maneira de formulação de problemas, o que obviamente termina por limitar o horizonte das respostas possíveis. É neste sentido que SALDANHA fala no “erro [...] de supor o ponto de vista europeu-ocidental como válido para todos os tempos e espaços.”

²⁶ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 63-64.

²⁷ Melhor dito, esta metafísica revolucionária se apóia numa certa vertente do jusnaturalismo cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 305 e SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 46.

sociológico, do econômico e do psicológico, para mencionar apenas algumas das muitas “ciências especiais”²⁸ engendradas no seio do pensar positivista ou a partir dele.

Apesar de sua fecundidade, este pensar é, “antes de mais, uma tendência de espírito bastante simples: é uma vontade mais ou menos consciente de se limitar aos fatos, de nunca os ultrapassar. É um estreitamento sistemático do horizonte intelectual.”²⁹

A característica mais evidente dessa mentalidade “estreita” é, decerto, o “traço longo e pesado do cientificismo, trazendo sempre para o saber social o modelo das ciências naturais”³⁰.

Cientificismo entendido como “supervalorização da ciência (ou antes, de um determinado modelo ou tipo de ciência)”³¹, doutrina que, apesar de sua aplicação plena às ciências humanas ter arrostado sérias dificuldades³², dominou os debates na Teoria do Direito e segue detendo considerável influência.

Por meio daquele “traço longo” e contínuo, desenham-se diversas figuras epistêmicas “positivistas” cujos pontos em comum serão sempre o referido cientificismo – em cujo bojo estão implícitos certa crença na superioridade da ciência

²⁸ SALDANHA, Nelson. Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 p. 64. Além das mencionadas, o autor arrola ainda a “psiquiatria, psicanálise, administração, demografia, tantas mais”.

²⁹ LALANDE, André. Positivismo. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 826.

³⁰ SALDANHA, Nelson. Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 64. Friso do autor.

³¹ SALDANHA, Nelson. Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 86.

³² Um dos mais evidentes óbices se evidencia na tentativa malograda de se constituir uma “ciência da linguagem”. É que a construção de uma “ciência do significado” que lhe servisse de fundamento encontrou um obstáculo na impossibilidade da substituição de quaisquer termos por seus equivalentes ou sinônimos com a preservação integral do significado original. “Isto tornava difícil a transformação das teorias da ciência social em sistemas de axiomas formais, um dos principais requisitos da ciência positivista. KINCAID, Harold. Positivism in the social sciences. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1CD-ROM. Windows XP.

(uma ciência única, frise-se), para a qual nada seria impossível de se compreender e a partir da qual tudo poderia transformar-se, em proveito do homem –, a repulsa da metafísica – ou seja, a rejeição da atribuição de um valor cognitivo a juízos de valor ou apriorísticos –, e o empirismo – isto é, a assunção e assertiva dos fundamentos “fenomênicos” do conhecimento, extraído apenas e tão-somente dos “fatos” pela aplicação de um método dotado de grande “rigor”³³.

É exatamente sobre estes pontos compartilhados – o cientificismo, a postura antimetafísica, o empirismo, o metodologismo – que se cruzam várias linhas

³³ Para alguns (por exemplo, OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d. p. 221, que, aliás, baseia-se, neste ponto, em KOLAKOWSKI, os traços principais do Positivismo são: 1) o “fenomenismo”; 2) o “nominalismo”; 3) a regra que nega qualquer valor cognitivo aos juízos de valor e aos enunciados normativos; 4) a regra (ou convicção) de que existe uma unidade essencial no método científico. OLDROYD, porém, reconhece que nem todos os positivistas adotam integralmente todos os pontos deste programa epistemológico. Além disto, descreve como representantes desta mentalidade AUGUSTE COMTE (1798-1857), ERNST MACH (1838-1916), os pragmáticos estadunidenses, como CHARLES PEIRCE (1839-1914) e WILLIAM JAMES (1842-1910), além de JULES POINCARÉ (1854-1912), e PIERRE DUHEM (1861-1916), cada qual epítome peculiar, idiossincrático até, do Positivismo do oitocentos. Diga-se de passagem, aliás, consoante OLDROYD (op. cit., p. 265), que o Positivismo Lógico do século XX, que enxergava mais em MACH que em COMTE seu pai espiritual, intentou porém a realização do projeto comtista da “unificação da ciência”, através da “instauração de uma filosofia da ciência unificada, fundada na colaboração dos resultados das pesquisas lógicas com um empirismo formulado de forma mais rigorosa”. Como seus antecessores, os homens do Círculo de Viena também nutriam uma visão otimista e algo naïf da ciência, associando necessariamente o seu progresso ao incremento da felicidade humana. Para outros como LALANDE, André. *Positivismo. Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 825, o Positivismo congloba “doutrinas que se ligam à de Auguste Comte ou que se lhe assemelham, ainda que, por vezes, de um modo bastante longínquo, e que têm por teses comuns que só o conhecimento dos fatos é fecundo; que o modelo da certeza é fornecido pelas ciências experimentais; que o espírito humano, tanto na filosofia como na ciência, só pode evitar o verbalismo ou o erro na condição de se ater incessantemente ao contato com a experiência e de *renunciar a todo e qualquer a priori*; por fim, que o domínio das ‘coisas em si’ é inacessível, que o pensamento não pode atingir senão relações e leis.” LALANDE arrola como comungantes destas idéias J. S. MILL (1806-1873), ÉMILE LITTRE (1801-1881), HERBERT SPENCER (1820-1903), ERNEST RENAN (1823-1892) e HIPPOLYTE TAINÉ (1828-1893). A mera análise da lista dos nomes de indivíduos tidos como “positivistas” por OLDROYD e LALANDE já dá uma noção da ampla gama de idéias que se acotovelam debaixo do nome “Positivismo”. Algumas dessas são até mesmo contraditórias, como, por exemplo, a noção de que se deve negar “qualquer valor cognitivo aos juízos de valor e aos enunciados normativos” em conjunto

secantes, dando às formas “positivas” de conhecimento uma congruência própria e inconfundível, a despeito da vasta gama de feitios e traçados resultantes.

Congruência esta que Saldanha descreve ao falar dos vários

positivismos, que radicam no iluminismo (em uma parte do iluminismo), mas que o negam na medida em que se apóiam sobre uma massa de conhecimentos que os homens do setecentos não possuíam. [...] Os positivismos, contudo, dentro de sua linha central, são cientificismos, geralmente comprometidos (como o próprio iluminismo) com programas de ação social: são, portanto, sob certo prisma, *ideologias*. Por outro lado, o seu esforço de afirmação contra os não-positivismos, principalmente contra as concepções “ainda” metafísicas, das quais precisam distinguir-se, levam a uma constante e obsessiva preocupação *metodológica*. Este é um problema central.³⁴

A assunção de que as correntes positivistas, além de ser expressão de uma mentalidade peculiar e de uma determinada postura epistêmica, são “ideológicas”³⁵ lança sombras até mesmo sobre aqueles seus postulados e aspectos que pareciam mais solidamente fundados na lógica.

com a assertiva de que “o pensamento não pode atingir senão relações e leis”. Supondo ser “lei” o mesmo que “enunciado normativo” – ou conjunto de enunciados deste gênero –, como se poderia harmonizar as duas concepções? Com isto se quer apenas realçar as complicações internas do movimento Positivista, com as quais nem todos os autores, especialmente os de Manuais Jurídicos, estão cientes.

³⁴ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 9.

³⁵ É claro que, no limite, o debate a respeito da carga “ideológica” de um certo ramo do conhecimento não teria fim. O que se deseja ressaltar no trecho é apenas o caráter arbitrário e volitivo contido em toda adoção de posturas, sejam elas epistêmicas ou não. Vejam-se, a respeito, as ponderações de Saldanha: “*Se a ciência jurídica de padrão normativista (que tende a concentrar-se sobre a ‘dogmática’) é passível de ser acusada de ideológica, então tal acusação cabe ao saber jurídico como tal; senão que, por extensão, a todas as ciências sociais. De outro modo ter-se-ia como peculiaridade de um tipo de saber jurídico o ser ideológico, enquanto outros tipos (quais?) não o seriam. Este tipo de crítica envolve problemas difíceis e resvala sobre o plano das adesões pessoais: cabe lembrar que, para certos modos de pensar – o Kelseniano, por exemplo – o jusnaturalismo (e não o juspositivismo) seria ideológico*” SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Cossio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, abr./jun. 1984. p. 22.

Como particularmente suspeito surgiria o próprio cientificismo – enquanto supervalorização da ciência –, que, por princípio, “*não aceita como conhecimento válido senão as aquisições das ciências positivas e, por consequência, não reconhece à razão outro papel senão aquele que ela desempenha na constituição das ciências.*”³⁶ Isto porque, ao reconhecer apenas a validade de um conhecimento oriundo de estudo “rigoroso” do “positivo”, ele nega, por óbvio, a validade dos saberes filosófico e histórico, tidos como anticientíficos por lhes faltar um método e uma base “positiva”. A Ciência, destarte, de única detentora do conhecimento ‘válido’ está a um passo de se tornar a detentora única do conhecimento – todos os outros, por inválidos, deixam de ser mesmo uma espécie de ‘saber’³⁷.

³⁶ LALANDE, André. Cientificismo. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 160-161. Diga-se de passagem, a descrição das relações existentes entre o cientificismo e o Positivismo transcendem o âmbito deste trabalho. De toda sorte, acreditamos que existe, entre o primeiro e o segundo a mesma relação existente entre o Positivismo e o comtismo, no dizer de Lalande: “*Não foi de modo algum o comtismo que popularizou esta disposição de espírito [i.e., o Positivismo],; ele é [o comtismo], antes, uma dependência e uma extensão desse temperamento filosófico.*” (LALANDE, André. Positivismo. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 826).

³⁷ É uma implicação do cientificismo a postulação de uma “ciência unificada” que tivesse por objectivo toda a realidade acessível ao homem e se servisse de um único método de análise lógica” ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11. p. 142. Embora ABBAGNANO, neste trecho, refira-se ao neo-empirismo do Círculo de Viena, tais palavras valem para o Positivismo do oitocentos, cujas crenças de: “1) que a ciência é a mais alta espécie de conhecimento devendo a Filosofia ser científica; 2) que há apenas um método científico a todas as ciências; 3) que toda assertiva metafísica é pseudocientífica” foram legadas ao Positivismo Lógico. KINCAID, Harold. Positivism in the social sciences. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1CD-ROM. Windows XP. Tradução livre, §1º). O aspecto ideológico desta espécie de “imperialismo epistêmico” é evidenciado pelo postulado segundo o qual tudo no mundo “pode e deve ser estudado de acordo com os padrões científicos” (Ibidem, §2º). Nesta menção ao “dever” desnuda-se totalmente um certo “programa de ação social” a que fez menção Saldanha. Este “programa”, baseado na crença positivista de que existem leis regendo o mundo social tal como ocorre com o mundo natural, funda-se na derivação de que tais leis podem ser descobertas, identificadas e manipuladas. Se a sociedade rege-se por leis determináveis, o melhor governo possível seria o composto por aqueles capacitados à sua identificação e compreensão: uma elite intelectual de cientistas sociais. Para mais, ver KINCAID, Harold. op. cit., §2º. Não é difícil imaginar a facilidade com que pode ser feito o transplante de tais idéias ao Direito e sua elite intelectual ou estamental, como sugerem alguns cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 61.

Uma das maiores dificuldades encaradas por aqueles que postularam a aplicação das idéias positivistas ao Direito foi a decorrente exatamente do problema da “positividade” do saber e do fenômeno jurídicos. É precisamente nesta definição do que é ou não “positivo” – e, portanto, objeto de conhecimento válido – que se encontram as brechas pelas quais penetra sub-repticiamente o elemento ideológico.

Não por acaso, o programa positivista oitocentista foi profundamente reformado, ao ser retomado com

renovado vigor no século XX na obra dos assim ditos positivistas lógicos. Este movimento tentou uma unificação da ciência através da instauração de uma filosofia da ciência unificada, fundada na colaboração dos resultados das pesquisas lógicas com um empirismo formulado de forma mais rigorosa. Os positivistas lógicos não se referiram com muita frequência a Comte como seu pai intelectual, enquanto reconheceram com satisfação seu débito para com Mach. Não obstante, a ‘unificação da ciência’ por eles buscada estava de acordo com o programa positivista original de Comte, e tanto Comte quanto os positivistas lógicos viam os métodos e aos resultados da ciência como meios de se incrementar a felicidade humana.³⁸

O Positivismo Lógico, uma dentre muitas correntes positivistas existentes, tornou-se, por fim, a partir da metade do século XX, a dominante. Por conseguinte, findou por sobrepor-se às correntes mais antigas, embora sobre elas não se justaponha, como descreve Abbagnano³⁹:

Sob o nome de ‘filosofia das ciências’ são agrupados dois tipos diferentes de investigação. Concretamente:

1.º A investigação *filosófica* que se pretende constituir como ciência rigorosa segundo o modelo das ciências naturais e que por isso tenta adaptar-se aos factos analisados por estas ciências e realizar a sua melhor ou mais completa sistematização explicativa.

2.º A investigação *metodológica* sobre os processos e as técnicas, lógicas e experimentais, utilizados pelas ciências,

³⁸ OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d. p. 265. Tradução livre.

³⁹ ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11 p. 86-87.

quer essa pesquisa faça parte das próprias ciências a um dado nível da sua organização conceptual, quer possa ser considerada como actividade filosófica relativamente autónoma em relação às ciências.

[...]

Em geral, a filosofia das ciências apresenta-se como a continuação histórica no nosso século do positivismo oitocentista. Distingue-se do positivismo pelo seu conceito crítico da ciência, o qual tende a determinar os limites exactos da validade da própria ciência, subtraindo-a à pretensão absolutista e, em última análise, metafísica, que conservava no positivismo.

Herdeiros de Comte⁴⁰, ainda que a contragosto e não assumidos, os membros participantes desta “Filosofia das Ciências” serão responsáveis por aquela “constante e obsessiva preocupação metodológica” tão criticada, no âmbito da Filosofia do Direito, por Saldanha, e que reduziu a própria Filosofia a uma “análise da linguagem”, como a define, em seus dois sentidos, Abbagnano:

1.º A análise da linguagem *científica*, isto é, da linguagem própria de cada ciência particular; e neste caso a filosofia é reduzida à lógica, à qual é ainda atribuída a tarefa de determinar as condições gerais e formais que tornam possível uma qualquer linguagem.

2.º. A análise da linguagem *comum*, isto é, das formas de expressão próprias do senso comum e usadas na vida cotidiana; e neste caso a tarefa da filosofia será a de interpretar estas formas e de investigar o seu significado ou os seus significados autênticos, eliminando os equívocos a que conduz o uso impróprio de tais significados.

À primeira posição pode dar-se o nome de ‘positivismo lógico’ porque, tal como o positivismo clássico, privilegia a ciência e considera-se como única forma válida de conhecimento. À segunda pode chamar-se ‘filosofia analítica’, nome que é usado pelos seus próprios defensores.⁴¹

Abbagnano chamará de ‘neo-empirismo’ ou ‘empirismo lógico’ tais correntes, sendo que nelas a linguagem “cumpre de algum modo [...] a função que a ‘ex-

⁴⁰ OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d. p. 304 e 314. Tradução livre.

⁴¹ ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11. p. 140.

periência' tinha no velho empirismo; ou seja, a de constituir o critério ou norma da investigação filosófica."⁴²

É relevante notar que o célebre "Círculo de Viena"⁴³, movimento que abraçou a filosofia do neo-empirismo ou positivismo lógico⁴⁴ contou, entre seus membros, com o positivista jurídico arquetípico: Hans Kelsen⁴⁵. Este fato em muito contribuiu para a identificação do Positivismo com o Positivismo Lógico, em primeiro lugar, e, em segundo, para a crença disseminada de que o chamado Positivismo Jurídico é tributário, única e exclusivamente, do Positivismo Vienense⁴⁶.

⁴² ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11. p. 140-141.

⁴³ No seu Manifesto Programático, A Concepção Científica do Mundo, os membros do Círculo estabelecem como sendo a função primária da filosofia "esclarecer e formular as regras e conceitos da ciência", seguindo modelos lógicos de formulação de regras universalmente válidas de inferência e raciocínio, no afã de acabar com o "multimilenar entulho metafísico e teológico" existente no saber humano (p. 05). Consequentemente, a postura do Positivismo Lógico vienense diante dos problemas metafísicos e teológicos é a de assumi-los como impossíveis de solução: eles são, na verdade, pseudoproblemas, e devem ser desmascarados pelo esclarecimento da linguagem e dos conceitos que a linguagem contém. O método usado para tal fim é a lógica analítica, cujo uso é, aliás, exatamente o que distingue o "empirismo e [o] positivismo recentes de suas versões anteriores, que era mais biológica e psicológica em sua orientação," ao passo que a renitente remissão ao empirismo, ao "dado" evita as tautologias inerentes à "metafísica velada do apriorismo Kantiano e moderno", contra o qual também se insurgem (p. 11). Assumem os membros do Círculo expressamente sua dívida com Comte, a quem apontam, em três trechos do Manifesto (p. 03 e 11) como um importante antecessor no sentido da construção de uma "atitude empírica, antimetafísica". NEURATH, Rudolf et al. *The scientific conception of the world*. Disponível em: <<http://gnadav.googlepages.com/TheScientificConceptionoftheWorldeng.doc>>. Acesso em: 22 set. 07. Tradução livre, p. 03;05;11. Foi apenas após a diáspora causada pela dispersão do grupo no início dos anos 30, e na esteira do pensamento individual de alguns de seus grandes expoentes, em especial CARNAP, que o Círculo viu-se associado principalmente com o formalismo linguístico FRIEDMAN, Michael. Logical Positivism. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1 CD-ROM. Windows XP. Tradução livre, § 5°.

⁴⁴ OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d. p. 302. Tradução livre e ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11 p. 141. OLDROYD, porém, apresenta reservas quanto ao uso da expressão "positivismo lógico" ao Círculo de Viena op. cit., p. 325.

⁴⁵ ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11 p. 141. Sobre a transição do "Positivismo Científico" para o "Positivismo Legalista" entre fins do século XIX e início do XX, WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 524-535.

⁴⁶ Interessante anotar que o próprio Círculo de Viena notabilizou-se por uma "substantial disparidade de opiniões", em especial sobre "o próprio modo de entender a unidade da

2.2 O Positivismo Jurídico e a repulsa da História

Não apenas no plano filosófico é possível falar, como faz Saldanha⁴⁷, em “positivismos distintos”: também no campo do pensamento jurídico tal assertiva é verdadeira. A variedade interna do movimento positivista, em sua vertente jurídica, assume tal importância, que Larenz⁴⁸, em longo trecho de obra sua, dedica-se a esmiuçar as “consequências muito diferentes, inclusive para a metodologia jurídica”, decorrentes da adoção de cada uma das distintas correntes no estudo do Direito.

Transcende o alcance deste estudo estabelecer, em seu exato alcance e dimensão, os efeitos e os sedimentos deixados pelo transbordar, no pensamento jurídico, da torrente positivista; bastar-lhe-á, por ora, reconhecer, tal como fez LARENZ, que a “ciência do Direito teve uma plena participação no pendor geral para o positivismo”⁴⁹, bem como apontar os principais caracteres desta participação⁵⁰:

ciência”, que, significativamente, é o principal ponto de conexão deste Positivismo com o da época de COMTE. (ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11 p. 142 e FRIEDMAN, Michael. Logical Positivism. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1 CD-ROM. Windows XP. Tradução livre, § 4º). A respeito de KELSEN e das relações entre o cientificismo vienense e o do positivismo do oitocentos, veja-se o seguinte trecho de WIEACKER: “A ‘teoria pura do direito’ de Hans Kelsen e a Escola de Viena por ele fundada tiram as últimas consequências do neo-kantismo sud-ocidental, ao renunciar [...] a uma qualquer determinação material das normas jurídicas possíveis. Mesmo assim, ela retorna confessadamente ao positivismo científico, cuja ingenuidade metodológica quer contudo ultrapassar por meio de uma reflexão crítica sobre as condições das proposições possíveis acerca do dever ser jurídico” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 683-684.

⁴⁷ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 66. *Ipsis litteris*, diz o autor: “Positivismos distintos vêm atingindo o saber jurídico desde meados do oitocentos.”

⁴⁸ Enquanto HESPANHA cf. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005 p. 374-375 refere-se a várias espécies de Juspositivismo, LARENZ refere-se apenas a “três teorias positivistas, entre si tão diversas”: cada qual tão coerente, sistemática e abrangente quanto a outra cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 48-112.

⁴⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 45. Também GILLISSEN associa o surgimento dos Positivismos ao Positivismo Jurídico da Escola da Exegese cf. GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 516-520. Para uma síntese do pensamento jurídico luso à época da penetração das idéias positivistas, cf. LOUREIRO DE SOUSA, Ana Paula. *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

Como movimento adverso, não só do Direito natural racional-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha 'Escola Histórica', o positivismo na ciência do Direito, bem como da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a 'metafísica' do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos 'factos' e às leis destes factos, considerados empiricamente.

Os postulados positivistas, aplicados tanto no âmbito da Filosofia da Ciência como no da Teoria do Direito implicam em que, "abstraindo da lógica e da matemática, é susceptível de conhecimento científico" apenas e tão-somente os "factos" sensíveis, juntamente com as leis que neles se manifestam e se comprovam na experimentação"⁵¹.

Estes elementos epistêmicos, como visto, compõem o "traço longo e pesado" que caracteriza a mentalidade positivista em todas as suas formas; pontos característicos que, nos termos sugeridos por Hespanha, constituíram uma das "grandes temáticas filosóficas" do século XIX e são responsáveis pela elevação do modelo cognitivo das Ciências Naturais ao patamar de única fonte do conhecimento científico, fundamentando a "convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica ('posta', 'positiva')", e de que "a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação doutrinária ou filosofante como fontes de saber."⁵²

A aplicação dos cânones positivistas ao Direito, em especial o que impõe a aplicação de um método rigoroso ao seu objeto de estudo congregou-se às aspirações do saber jurídico coevo, lançando-se, juntamente com ele – segundo Hespanha⁵³ –

p. 13-20 e *passim* e também MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 191-215. A respeito das peculiaridades brasileiras, vide capítulo 3.2.

⁵¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 45-46.

⁵¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 46-47.

⁵² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 373-374.

⁵³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 374.

na campanha contra a incerteza e confusão do direito tradicional, disperso, casuísta, dependente da teologia e da moral [...] [e contra] a proliferação de sistemas puramente especulativos de direito natural, surgidos no decurso do século XVIII. Ou seja, dirigia-se tanto contra a vinculação do direito à religião e à moral, como contra a sua identificação com especulações de tipo filosófico, como as que eram correntes nas escolas jusnaturalistas. Contra uma coisa e outra, proclamava-se a necessidade de um saber dirigido para ‘coisas positivas’.

O acolhimento “paradigmático”, no âmbito jurídico, do “*modelo das ciências ‘exatas’ da natureza*”⁵⁴, uma das consequências da grande “campanha contra a incerteza”, contribuiu fortemente – e talvez seja o principal responsável – para aquilo que Saldanha descreve como a instalação, na “*teoria do Direito, [de] uma espécie de ‘consciência infeliz’, atormentada por antíteses internas*”⁵⁵. Além disso, a aplicação deste paradigma levou ao interior do saber jurídico uma questão que afetou a configuração de seu próprio objeto de estudo: ora, se o Direito é ciência, e a ciência tem como objeto apenas “coisas positivas”, há de se definir com precisão no âmbito jurídico o que elas são⁵⁶:

Para uns, positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha que incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a (*positivismo legalista*).

Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objetivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito (*positivismo culturalista*). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (*positivismo sociológico, naturalismo*).

Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de

⁵⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997 p. 47.

⁵⁵ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

⁵⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 374-375.

ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo (*positivismo conceitual*).

O Juspositivismo, surgido exatamente no afã de se solucionar a “incerteza e a confusão do Direito”, acabou por debater-se, de um lado, com um “mal-estar epistemológico” perigosamente tendente à esquizofrenia; e, de outro, com a busca por uma positividade fugaz, descrita por Hespanha e também por Larenz⁵⁷.

A questão da “positividade” acabou por forçar a teoria jurídica a concentrar-se “em torno de preocupações conceituais, distinguidoras e classificatórias: ou seja, em torno de problemas metodológicos.”⁵⁸ Este debate acerca da metodologia acabaria tornando-se o substituto do debate prévio travado em torno dos fundamentos filosóficos e históricos do Direito:

com o positivismo contemporâneo cancela-se todo fundamento desta espécie: em seu lugar, o que passa a importar é a própria *forma*, antes função de um fundamento e agora coisa autônoma, ponto de referência para a própria possibilidade de um tratamento ‘científico’ de determinado objeto.⁵⁹

No fundo, o debate em torno da “positividade” do Direito remete a problemas fundamentais do próprio empirismo enquanto teoria do conhecimento⁶⁰, motivo pelo qual o Juspositivismo abandonou, *pari passu*, “cada vez mais o enfoque empírico”⁶¹. Substituiu-o pela “coisa positiva”; pela “forma” e pela “linguagem” – tal

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 47-48.

⁵⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 65.

⁵⁹ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 67.

⁶⁰ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: M. Fontes, 1999 p. 58-59. Estes problemas, *grosso modo*, podem ser formulados da seguinte forma: 1) como formular uma definição do que seja “experiência”, combinando-a com a noção algo distinta de “fato”; 2) como harmonizar, de um lado, um “*saber baseado na experiência*”, com “*um outro totalmente independente dela*” (p. 59); 3) como afirmar a validade lógica do conhecimento diante ou independentemente de sua fonte.

⁶¹ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 78.

como aludido por Abbagnano⁶² –, e, por conseguinte, situando a própria abordagem formalista ao posto da empirista, numa transição assim formulada por Saldanha⁶³:

os formalismos vieram, no direito, a ser um modo especial de positivismo, desligado do que poderiam ser resíduos da envelhecida filosofia positiva do oitocentos e centrado no ‘rigor conceitual’ recomendado pela fenomenologia e pela filosofia analítica. A ‘objetividade’ se erigiu como valor maior para o conhecimento.

Essa concepção formal do Direito, ou formalismo jurídico – que, embora dele “desligada”, retém ainda uma dívida histórica com o velho positivismo empirista⁶⁴ – define o seu objeto de estudo e a si mesma “*unicamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo.*”⁶⁵ Neste contexto, a Filosofia do Direito “*é admitida apenas como um pronunciamento metodológico sobre o trabalho científico, ou então como um complemento eventual.*”⁶⁶

E a historicidade do fenômeno jurídico, obviamente destituída, de um lado, de quaisquer traços de “positividade” – como a entendem os juspositivistas, ou

⁶² ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11. p. 140-141.

⁶³ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 69.

⁶⁴ Esta dívida é o motivo pelo qual ABBAGNANO chamará de “Neo-empirismo” ou “Empirismo Lógico” o formalismo, já que nele a linguagem “*cumprido de algum modo [...] a função que a ‘experiência’ tinha no velho empirismo; ou seja, a de constituir o critério ou norma da investigação filosófica.*” ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11. p. 140-141.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 144.

⁶⁶ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 68.

⁶⁶ HESPANHA menciona, entre os vários positivismos jurídicos, o legalista, o sociológico, o conceitual, o psicológico e o culturalista HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 374-375. Pelo menos um deles, o positivismo culturalista, segundo o qual o “*positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objectivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito*”, admite, ainda que implicitamente, a formatação do fenômeno jurídico no interior de balizas históricas. Mencione-se, de passagem, que para juristas como WINDSCHEID apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 40, não há uma contradição incontornável entre

melhor, um certo Juspositivismo, bem entendido⁶⁷ – e, por outro, de qualquer importância teórica – já que o “rigor” e a “objetividade” do formalismo não comporta, por certo, a História – não poderia figurar senão como um “complemento” eventual, supérfluo, entre o ornamental e o anedótico.

A História não é afastada pelo Juspositivismo como a Filosofia foi, de maneira enérgica, mas respeitosa – como um idoso a quem se reconhecem seus serviços quando de sua aposentadoria compulsória. Esta é ainda admitida num papel de arbitragem, proferindo “pronunciamentos metodológicos”, ao passo que aquela não logra obter nem mesmo admissão no novo território delimitado pelos traços positivos. É que a História – e com ela, a historicidade do Direito⁶⁸ – foi encarada como uma das grandes responsáveis pela “incerteza e confusão” reinantes no saber jurídico.

Falar em História do Direito equivaleria, sob a ótica positivista, a re-meter aos fundamentos “irracionais” e teológicos do ultrapassado direito co-

o a “historicidade” e a “positividade” do fenômeno jurídico. Ainda, também no âmbito interno das Ciências Históricas do oitocentos se falou em “Positivismo” e numa “Ciência Pura” (cf., por exemplo, COULANGES, Fustel apud HARTOG, François. *O século XIX e a história: o caso Fustel de Coulanges*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2003. p. 305-308 e BURGUIÈRE, André. Positivismo. In: _____. (Org.) *Dicionário das ciências históricas*. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 614-615.

⁶⁸ E aqui é necessário que se diga que encarar o Direito como fenômeno histórico, enxergando nele “a estrutura temporal da historicidade” não é o mesmo que adotar uma concepção histórica dele (ver, a respeito, a afirmação de SALDANHA de que “a consciência histórica não se reduz ao que se pode chamar ‘senso’ histórico, capacidade de percepção de diferenças e de características dadas na história ou pela história” (SALDANHA, Nelson. Consciência histórica: um esboço. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 17, n. 67, p.269, jul./set. 1967. Enquanto fenômeno histórico, o Direito só pode ser estudado pelo historiador do Direito, e pelos métodos das ciências históricas cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 262-264; mas ao adotar-se uma concepção histórica do Direito, se nega o dogmatismo a-temporal, e quaisquer “imagens totalmente estáticas e rígidas da realidade humana”, afirmando-se, em contraste, o “fluir dos acontecimentos”, a “relativização dos valores e das instituições” SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 87-88. O Direito como fenômeno histórico pode ser estudado dogmaticamente, ao passo que a adoção de uma concepção histórica do Direito significa a completa negação da “Dogmática” como método de estudo. Neste sentido, veja-se FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48-49 e *passim*, em especial os trechos sobre “zetética” e “dogmática”.

mum, aos argumentos de autoridade tão típicos da escolástica, às infames ordálias⁶⁹.

Esta postura juspositivista a respeito do Direito é claramente exposta por Bobbio, ao asseverar que a ciência do Direito

foi, por séculos, esmagada sob o peso da autoridade de uma grande experiência e de uma grande cultura jurídica, a romana. O direito romano teve, no campo da ciência do direito, o mesmo papel que o *Organon* aristotélico na lógica e os *Elementos* de Euclides na geometria: ou seja, foi elevado a momento ideal do desenvolvimento histórico, e adquiriu valor paradigmático. Se acreditou, por séculos, que o direito romano fosse não mais um direito histórico, ou mesmo o mais perfeito e mais rico entre os direitos históricos, mas o *Direito* por excelência, assim como se reputou a lógica aristotélica como a *Lógica* e a geometria euclidiana a *Geometria*. [...] A idealização do direito romano findou, num certo ponto, por obstacular o processo da ciência jurídica, ao torná-lo [o estudo do direito] mais lento e circunspecto.⁷⁰

O “valor paradigmático” do Direito Romano e da História do Direito exerceria uma função bem distinta sobre a Ciência Jurídica daquela que, desde Kuhn, atribui-se ao termo “paradigma” (embora certamente o sentido com que este ter-

⁶⁹ Para o culto à autoridade, cf. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 05-06, e, especialmente o trecho referente ao “reverencialismo” em OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: <www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf>. Acesso em: 25 jan. 2008. Para os efeitos dos “excessos da educação escolástica” no pensamento lusitano, MONCADA, Luís Cabral de. Crise do Romanismo na Europa. In: *Estudos de história do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949. v. 2. p. 241, e SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 2. O artigo de OLIVEIRA, em especial, aponta para a inusitada resistência de alguns hábitos escolásticos no pensamento jurídico tupiniquim.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 359-360.

⁷⁰ Para KUHN, um paradigma é “muito mais que uma teoria, ou até mesmo de um grupo de teorias interconexas em um ramo particular da ciência. Não é simplesmente uma visão de mundo. Os jovens cientistas, que se preparam a ser membros de uma comunidade científica, estudam o paradigma apropriado, assimilando-se, de tal modo, na tradição de

mo é empregado pelo jurista inspire-se nas idéias kuhnianas⁷¹). Para Bobbio, o “peso da autoridade romana” tornou o objeto do conhecimento jurídico uma matéria “confusa, caótica e, devido à longa veneração, dificilmente tangível”⁷².

Em sua crítica, Bobbio indistingue o Direito Romano “histórico” daquele Direito “por antonomásia”⁷³ que ele veio a se tornar para o Ocidente, e que acabou por envolver completamente o primeiro.

O jurista critica a ambos, sem diferenciá-los, visando responsabilizar o apego à idéia algo mítica de um Direito Romano perfeito pelo atraso da ciência

pesquisa pertinente. Estes trabalham sobre os problemas nos livros-texto, que os conduzem a pensar de acordo com as exigências do paradigma do tempo. O processo inteiro de instrução, de fato, plasma o seu pensamento de modo tal que este se conforma com as opiniões tradicionais ditadas pelo paradigma. O paradigma é composto, assim, por teorias, mas também por técnicas particulares adaptadas à resolução de problemas particulares no interior de uma dada área de pesquisa. [...] é uma espécie de amálgama de teoria e método, que constituem em conjunto algo quase equivalente a uma visão de mundo.” KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.p. 30-31, e, em especial, OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d p. 419-420. Tradução livre. EM KUHN, a existência de um paradigma é pré-requisito necessário ao desenvolvimento da “ciência normal”, responsável pelo aprofundamento sem precedentes do conhecimento em determinadas áreas e pelo desenvolvimento da tecnologia típicos da ciência ocidental KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001 p. 24-25. Para BOBBIO, o “paradigma romanista” é, a bem da verdade, oposto à própria noção de ciência e à sua instalação no saber jurídico. A aplicabilidade da própria noção de paradigma ao Direito é algo que deve ser ponderado e bem justificado, e nem de longe algo instantâneo ou automático. O próprio KUHN explicita, ainda que pontual e superficialmente, reservas com relação ao emprego de sua tese a “campos” como o Direito, que “têm a sua *raison d’être* numa necessidade social exterior” (Ibidem, p. 39-40). No interior da própria Filosofia da Ciência, as teses de KUHN são objeto de severa crítica. OLDROYD, por exemplo, refere-se ao paradigma como “uma entidade demasiado curiosa, dotada de um status ontológico um tanto incerto, e amiúde se ouve falar de tudo referindo-se aos paradigmas, como se estes fossem coisas reais sob as quais se pudesse achar amparo, como uma pessoa sob um guarda-chuva. Uma idéia claramente absurda se entendida ao pé da letra.” (OLDROYD, op. cit., p. 420. Tradução livre).

⁷² BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. In: _____. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994 p. 339. Tradução Livre.

⁷³ SALDANHA, Nelson. *Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 26, p. 42, out./dez. 1983.

jurídica. Esta indistinção é um exagero calculado de Bobbio, a fim de dar a sua própria crítica mais ênfase e ímpeto: como “Direito por excelência”, o Romano teria sido “considerado como a *ratio scripta* do direito”, uma “espécie de direito natural eternamente vigente”⁷⁴. Ele parece não levar em consideração o longo e complexo desenvolvimento do Direito Romano⁷⁵ até que se chegasse à equiparação deste à “razão escrita”, nem seu desenvolvimento subsequente⁷⁶.

Com efeito, ele reconhece a distinção entre a Roma histórica e a Roma idealizada apenas ao responsabilizar o “*desenvolvimento das ciências históricas do século passado* [século XIX]”⁷⁷ pela redescoberta da primeira.

Na verdade, as “ciências históricas” a que se refere Bobbio, dentre as quais destacam-se “*os estudos interpolacionísticos e a papirologia*”⁷⁸, não apenas desenterraram a Roma histórica como foram responsáveis pela erosão da velha veneração dirigida à autoridade romana, pela perda da “*própria fé no Direito Romano*”, ou, como dirá Moncada, “*a crítica erudita fez aqui o que sempre faz quando se aplica a fundo sobre os grandes produtos históricos da cultura humana.*”⁷⁹

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. In: _____. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 360. Tradução Livre.

⁷⁵ CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 24-25; p. 47-50; p.65-84 e GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 84-93, incluindo os comentários de HESPAÑA sobre a influência do Direito Romano na Península Ibérica, e p. 167-170 e 202-206 para a sobrevivência deste direito na Idade Média e ainda sobre as bases dos chamados “direitos romanistas”.

⁷⁶ Ressalte-se que as críticas feitas referem-se, em especial à obra “Contributo ad un dizionario giuridico” de Bobbio. Ele aborda tais questões, com um enfoque algo diverso, mais amplo e panorâmico, em outra obra, da qual se falará mais adiante BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996 p. 3-128.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. In: _____. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 360. Tradução Livre.

⁷⁸ MONCADA, Luís Cabral de. Crise do Romanismo na Europa. In: *Estudos de história do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949. v. 2. p. 224.

⁷⁹ MONCADA, Luís Cabral de. Crise do Romanismo na Europa. In: *Estudos de história do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949. v. 2. p. 225.

O desenvolvimento da História no século XIX arrancou o Direito Romano do seu “*esplêndido isolamento*”, do qual se hauria, em grande parte, sua “*grande autoridade na Ciência Jurídica Européia*.”⁸⁰

Bobbio enxerga, como resultado do saber histórico, apenas a redescoberta da Roma histórica, para que assim possa apontar, como realização do Positivismo Jurídico, a dessacralização da matéria jurídica e sua transformação do saber jurídico em “ciência”. E, por outro lado, afasta o estudo do Direito Romano da Ciência Jurídica, já que, “como um direito histórico”, ele não pertence ao campo de estudo do jurista, mas do “romanista [que] é, ou tende sempre mais a ser, um historiador do direito.”⁸¹

Pode-se compreender, destarte, porque afirmará, sobre as origens do Juspositivismo, o seguinte:

A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva do ‘positivismo’ em sentido filosófico, ainda que no século passado tenha havido uma certa relação entre os dois termos, enquanto alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX), o positivismo jurídico não tem nada a ver com o positivismo filosófico; tanto isto é verdade que, enquanto o primeiro aparece na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva, ao contrário, da locução ‘direito positivo’ contraposta à *direito natural*.⁸²

O fato de Bobbio não indigitar sequer um nome de um positivista jurídico que fosse também positivista ‘filosófico’ é expressivo. Como já se viu⁸³, não é possível cindir os vários positivismos; ao fazê-lo, o jurista italiano tenta forçar uma tese dificilmente justificável pelas facilidades didáticas proporcionadas.

⁸⁰ MONCADA, Luís Cabral de. Crise do Romanismo na Europa. In: *Estudos de história do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949. v. 2. p. 225.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. Scienza Giuridica. In: _____. *Contributi ad um dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 3. Tradução Livre.

⁸² BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996 p. 3. Tradução Livre.

⁸³ No tópico 2.1.

A fragilidade da tese de Bobbio é demonstrada pelos argumentos usados para defendê-la. De um lado, tenta comprovar que Juspositivismo “não tem nada a ver” com as demais vertentes positivistas apontando para a diversa origem geográfica de ambos: aquele nasce na Alemanha, ao passo que o “positivismo filosófico” seria oriundo da França. De outro, aduz que o termo “positivo” teria surgido em oposição ao vocábulo “natural”, recorrendo – ironicamente –, para fundamentar sua colocação, à uma relíquia de erudição latina⁸⁴.

Delineia-se assim, pelo exemplo de Bobbio, o grande equívoco juspositivista. Este consiste em se confundir a Roma ideal com a histórica; na assunção de que é impossível livrar-se da primeira mantendo, ao mesmo tempo, a segunda; e, por fim, na associação da historicidade do Direito com a “longa veneração” dirigida a um passado idealizado.

O equívoco cometido por Bobbio, comum entre os juspositivistas, é-lhes até justificável⁸⁵. De fato, ao julgar desnecessário e maléfico suportar o peso milenar de institutos e práticas jurídicas fossilizadas, eles levaram ao Direito certas bandeiras,

⁸⁴ Segundo BOBBIO, o termo ‘positivo’ teria sido grafado, pela primeira vez, na obra *Noces Atticae* de Aulus Gellius, como menciona BOBBIO *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 04, sem qualquer referência ao local da citação. A bem da verdade, mencione-se que o trecho mencionado encontra-se no Livro X, Capítulo IV da referida obra Disponível em: <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/10*.html>;<http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/10*.html#4> Acesso em: 2 out. 2007). Cuida-se de uma citação de um gramático latino, Publius Nigidius – e não *Nigidus*, como equivocadamente escreve o jurista italiano – comentada por Gellius, a respeito do caráter ‘natural’ ou ‘positivo’ da linguagem – como anotado, desta vez com correção, por BOBBIO. Diga-se de passagem, Gellius pronuncia-se a favor da tese de que a linguagem é ‘natural’. De resto, é altamente discutível identificar a origem de uma idéia ou conceito com o primeiro uso de um termo ou palavra que a expresse. E nem se comente aqui o problema de uma eventual projeção de conceitos contemporâneos ao passado.

⁸⁴ Em defesa de BOBBIO, diga-se que ele fez jus ao respeito e admiração de um de seus mais ferrenhos adversários, SALDANHA, que elogiará a “*seriedade e a competência*” do jurista de Turim, e prestará admiração ao seu “*austero formalismo*”, ainda que com ele discorde visceralmente SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87; 96. Para todos os efeitos, o que mais pesa contra BOBBIO no tocante aos pontos em que foi objeto de crítica são exatamente as demonstrações sobejas de sua própria consciência histórica, de seu alto

já algo gastas, que haviam sido empunhadas pelos jusnaturalistas racionalistas e pelos iluministas. Nestes estandartes estavam seus motes, dentre os quais a afirmação de “*ser possível o acesso a um direito universal e imutável baseado na razão [...] que é comum a todos os homens*”⁸⁶; bem como suas metas, dentre as quais “*a destruição do caótico direito comunitário e feudal*”⁸⁷.

É justificável, ainda, que o romanismo⁸⁸, associado a um passado que se tentava evitar e destruir, tenha sido encarado como hostil pelos defensores de um pensamento que, por ser “universal e imutável” era, evidentemente, a-histórico.

Mas não é justificável que se tenha de endossar tais posturas de combate, quando este já se encerrou há muito. E parece hoje igualmente excessivo manter a História do Direito onde os juspositivistas a deixaram, reduzindo-a a menos do que uma fração da Ciência Jurídica; a um mero ramo da própria História; a um procedimento interpretativo⁸⁹.

rigor descritivo e de seus elevados padrões de excelência intelectual. Por exemplo, mencionem-se a afirmação de BOBBIO de que o Positivismo Jurídico é, antes de mais nada, uma teoria sobre o Direito, e, como tal, limitada pelos horizontes históricos de sua época de criação, já que, “*quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do direito, mas damos uma definição haurida de uma particular situação histórica, aquela na qual vivemos*” BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 17. Tradução livre e, ainda, seus lúcidos comentários sobre a luta dos formalistas contra os anti-formalistas BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 79-80.

⁸⁵ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 173.

⁸⁷ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 174.

⁸⁸ Por “romanismo” se entende exatamente aquele “modo de ver” o fenômeno jurídico e seu passado tão criticado por Bobbio, mas no qual ele mesmo escorrega. Este “*modo de ver*” – o termo é de Saldanha – caracteriza-se por uma projeção de idéias modernas ao passado (SALDANHA, Nelson. O Direito público romano como imagem histórica. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 10, n. 10, p. 57, jun./dez. 1996.), que, por um lado, institui uma “*veneranda tradição*” MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 191 e, por outro, a “*vê e revê com olhos sempre diferentes*” SALDANHA, Nelson. O Direito público romano como imagem histórica. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 10, n. 10, jun./dez. 1996. p. 58.

2.3 A Bastardia da Dogmática Jurídica

A cientificidade do saber jurídico, que ao início deste estudo⁹⁰ se afirmara ser um enunciado unânime e uma premissa fundante nos Manuais jurídicos, revelou-se⁹¹ de uma complexidade considerável e carregada de problemas. Além disso, ela foi reconhecida, no contexto de uma mentalidade positivista historicamente comprometida, como expressão de uma “crença no poder e certeza da razão humana”, de um cientificismo, de uma aversão à metafísica, e de um foco na “coisa positiva” e no “rigorismo metodológico”, muito destacados e que se associam à “grande temática” de sua época.

Somem-se a estes atributos da cientificidade a repulsa à história e à historicidade do Direito, postura que, embora ligada às características posições antime tafísicas da mentalidade positivista, assume, pelas peculiares condições do pensamento jurídico, um *status* diferenciado no interior do Juspositivismo, servindo, aliás, como um dos seus traços qualificadores em distinção aos demais positivismos⁹².

Se tudo isto é verdadeiro no âmbito do conhecimento jurídico, tanto mais o é no da Dogmática: a sua cientificidade é tópico de debate mesmo entre aqueles que afirmam e concordam com a atribuição de um caráter científico ao Direito⁹³.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. In: _____. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 355. Está-se a falar da “assim chamada interpretação histórica”, que consiste “na análise de proposições normativas que vigoravam em tempos passados”, aparentemente com o único intuito de prover o presente com curiosas anedotas de antanho e argumentos incidentais a favor de determinada tese. Confira-se também, a respeito, Saldanha, para quem, em especial nos compêndios e manuais, “a história jurídica ainda é tratada mais como ponto de referência, depósito de exemplos”, e, ainda, no caso de “certas referências históricas, a impressão que temos é a de que surgem quase como um troféu, uma curiosidade complacentemente exibida pelo ponto de vista doutrinário dominante” (SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964 p. 58).

⁹⁰ No capítulo 1.

⁹¹ Nos capítulos 2.1 e 2.2.

⁹² Em conjunto, é claro, com o formalismo, conforme anotado no capítulo 2.1.

⁹³ Este debate é apresentado por Saldanha como “uma espécie de Methodenstreit, implícita e descontinua [que] veio percorrendo o século XX, até que se formou uma forte tendência no sentido da crítica da dogmática. E até do repúdio à dogmática” SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Cossio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, abr./jun. 1984, p. 21.

O próprio Bobbio prudentemente busca evitar o uso do termo, procurando empregar ao seu posto o vocábulo *Giurisprudenza*, ou a expressão *scienza giuridica*⁹⁴. Kelsen, por outro lado, é “obscuro” e hesitante em reconhecer “como ciência uma ciência ‘dogmática’ do Direito que se ocupe, já não com a forma, mas com o particular conteúdo de um certo Direito positivo”⁹⁵, ao passo que Ferraz Júnior reconhece-lhe apenas uma cientificidade “peculiar”:

Quanto ao caráter científico da Ciência do Direito, encontramos, comumente, a afirmação de que se trata de conhecimentos ‘sistemáticos’, isto é, metodicamente obtidos e comprovados. A ‘sistematicidade’ é, portanto, argumento para a cientificidade. Entende-se, com isto, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, uma vez ou outra procurando o seu modelo nas chamadas ciências da natureza. Quanto a esta transposição de modelos, que foi efetivamente buscada sobretudo no século XIX, a experiência histórica demonstrou a grande dificuldade desta pretensão. Ela conduziu o jurista a cuidar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico. Na verdade, esta possibilidade nunca chegou a realizar-se. A atividade ‘científica’ do civilista, do comercialista, do constitucionalista sempre ultrapassou, de fato, aqueles estritos limites. A tentação, por sua vez, ao evitar-se o rígido ‘formalismo’, de fazer da Ciência do Direito uma ciência empírica, nos moldes da Sociologia ou da Psicologia, também não chegou a consagrar-se. Alguma coisa do ‘formalismo’ ficou, ao menos no que se refere à especificidade do seu trato dos problemas. O epíteto ‘ciência *dogmática*’ quer, assim, significar algo peculiar.⁹⁶

Ora, se a cientificidade do saber jurídico é o fundamento da cientificidade da Dogmática – a respeito da qual titubeiam mesmo os paladinos da Ciência Jurídica – é forçoso indagar como têm tão profundas raízes no Direito o caráter científico e o grande prestígio⁹⁷ dos dogmas.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. In: *Contributi ad um dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 341. (tradução livre).

⁹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 94.

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 13-14.

⁹⁷ LARENZ, por exemplo, identifica a própria Ciência do Direito – ou *Jurisprudência*, como ele prefere chamá-la – com a Dogmática Jurídica, identificando-as como sinônimas LARENZ,

Enquanto vista como ciência, a Dogmática Jurídica soa como resultado da aplicação de um “método rigoroso” e “científico” ao saber jurídico. Aparenta estar nas primeiras linhas da hoste positivista, lutando na “campanha contra a incerteza e a confusão”, contra a metafísica e a história. Suas duras e angulosas arestas dão a impressão de terem sido desenhadas pelo “traço longo e pesado do cientificismo”, e de acordo com o feitio das “coisas positivas”, ou melhor, do “Direito Positivo”.

Não obstante, a problemática da cientificidade da Dogmática começa no próprio vocábulo que a designa. Dele dirá Calasso tratar-se de “una infelice parola [...], talvez a mais infeliz dentre quantas constem da linguagem do jurista.”⁹⁸

A “infelicidade” da Dogmática principia em sua equivocidade. De fato, esta palavra significa – para mencionar algumas acepções – “*saber coletivo do Direito por parte dos juristas*”; “*ciência do espírito*”⁹⁹; “*estudo incontornavelmente “técnico” do Direito positivo*”¹⁰⁰; e, ainda, um método de estudo pautado por premissas arbitrárias, na definição de Ferraz Júnior¹⁰¹:

Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que

Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 261-262. Embora admitindo a Dogmática como uma disciplina entre muitas, ao apontá-la como sinônimo de “Jurisprudência”, LARENZ a investe de prerrogativas diferenciadas, de um status de saber jurídico por excelência, ou, na pior das hipóteses, de um saber primus inter pares.

⁹⁸ Apud SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Cossio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, abr./jun. 1984 p. 20, e, ainda, em SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, jan./mar. 1985. p. 242.

⁹⁹ Os dois primeiros significados encontram-se em LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 89.

¹⁰⁰ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 90. Como tal, a Dogmática seria resultado de uma “aliança entre o formalismo metodologista e o Juspositivismo”.

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48-49.

chamaremos de princípio da proibição da negação, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda princípio da inegabilidade dos pontos de partida. [...] quando se diz que o princípio básico da dogmática é o da inegabilidade dos pontos de partida, isto não significa que a função dela consista nesse postulado, ou seja, que ela se limite a afirmar, repetir dogmas pura e simplesmente. A dogmática apenas *depende* desse princípio, mas não se reduz a ele. Nesse sentido, uma disciplina dogmática, como a jurídica (a teologia é outro exemplo), não deve ser considerada uma prisão para o espírito.

A advertência de Ferraz Júnior a respeito da “função da Dogmática”, que pode confundir-se com “inegabilidade” de seus “pontos de partida”, poderia ser dirigida também à sua aplicação hodierna ao estudo do Direito. E não só porque a Dogmática Jurídica é amiúde encontrada a “repetir dogmas pura e simplesmente”, mas principalmente porque o próprio saber jurídico pode ser por ela reduzido à esta repetição.

De método de estudo, a Dogmática acabou por se confundir com o seu objeto de estudo, consoante afirma Saldanha¹⁰²:

É relevante distinguir entre a *dogmática* como ‘uma’ das áreas (ou planos) do conhecimento do Direito, ao modo dos esquemas didáticos supramencionados, e a dogmática como correlato de ‘juspositivismo’. Esta segunda acepção tende a fixar a imagem da própria *ciência* jurídica, enquanto distinta das demais ciências sociais e contígua a elas, como dogmática, apelando no caso para a existência de um modelo formal-normativista que seria peculiar ao saber do jurista. [...] [A dogmática é] “uma’ entre as diversas formas do saber jurídico. A epistemologia dos compêndios tem em larga medida veiculado a imagem de uma ‘divisão’ ou ‘classificação’ dos *saberes* jurídicos, na qual se situam a sociologia e a história, bem como um conhecimento sistemático e específico referido às diversas faixas do Direito positivo. Segundo se acentua nestas classificações (não raro mantidas em plano artificial), o ponto de vista filosófico

¹⁰²SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Cosio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, p. 21-22, abr./jun. 1984. No mesmo sentido, Idem SALDANHA, Nelson. O Problema da história na ciência jurídica contemporânea. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 52.

se incumbiria da ontologia jurídica – e da axiologia, mas também da epistemologia – e o sociológico estudaria os fatos; o histórico os mesmos fatos, só que em perspectiva temporal. E aqui o óbvio, além do superficial, aparece nos esquemas classificatórios.

É especialmente neste duplo e equívoco aspecto da Dogmática – enquanto “área ou plano” do conhecimento jurídico, em igualdade com as outras áreas¹⁰³ e, ao mesmo tempo, como “imagem da própria ciência jurídica”, e, portanto, hierarquicamente diferenciada –, em conjunto com os significados de “saber coletivo” de Larenz e de “método de estudo” de Ferraz Júnior que se vê a ruir a noção de que ela seria dotada do “rigor científico” necessário ao combate contra a “incerteza e a confusão”.

Todavia, concorrerá a Dogmática precisamente para a formação e o reconhecimento de uma “área ou plano” especificamente jurídico, bem distinto dos saberes filosófico e histórico e deles destacado¹⁰⁴. Apenas neste “plano jurídico”, limpo ou purificado de elementos a-jurídicos que uma “Ciência Jurídica” propriamente dita seria possível. Destarte, só poderia ser “científico” o conhecimento jurídico que também fosse “Dogmático”. Logo, não causa surpresa que, como única porta-voz autorizada do reino da juridicidade, a Dogmática viesse a ser confun-

¹⁰³SALDANHA diria ainda que, “de qualquer sorte, a inclusão da dogmática entre os modos de estudar o direito é sinal de superação de sua exclusividade” SALDANHA, Nelson. *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 53, sugerindo, assim, que o ponto de vista que enxerga na dogmática apenas um “modo de estudar” dentre os muitos possíveis era, à época da redação da obra citada – e até hoje, diga-se de passagem – minoritário.

¹⁰⁴O “estreitamento sistemático do horizonte intelectual” daí decorrente, diga-se de passagem, é apenas um dos custos da afirmação desta onerosa cientificidade que o Juspositivismo intentou implantar no saber jurídico. Anote-se, porém, o comentário de HESPANHA, segundo o qual a redução temática do horizonte intelectual jurídico independe, de certa forma, do Juspositivismo (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 374-383). Em GARDINER encontra-se a afirmação de que o Positivismo comtiano “restringe o domínio do conhecimento aos fenômenos e às relações entre os fenômenos; não podemos conhecer o que está para além da experiência, e as reivindicações metafísicas quanto ao conhecimento de inobserváveis ‘essências’ reais e de ‘causas finais’ são pretensões sem qualquer garantia” GARDINER, Patrick. *Teorias da história*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 89.

dida com o próprio “Juspositivismo”¹⁰⁵, já que este se apresenta como responsável pela fundação deste reino. Abbagnano, ao comentar o pensamento de Kelsen, descreve com precisão este evento:

Aquilo que é característico do neopositivismo jurídico, na forma como este é entendido por Kelsen, é o reconhecimento de uma esfera de validade da norma jurídica, que não se identifica nem com a dos factos nem com a das valorações emocionais. Kelsen faz sua e defende a tese neo-empirista do carácter não racional mas emotivo da valoração moral, distinguindo claramente a esfera do direito da de tais valorações. As normas do direito devem ser obedecidas, não por serem boas ou justas, mas sim por terem sido produzidas de uma dada maneira, dependendo, portanto, a sua validade apenas do facto de se assumir que haja uma norma fundamental que estabelece a autoridade criadora do direito. Mas, por outro lado, o próprio direito nunca é um facto, isto é, não se identifica com os comportamentos efectivos dos indivíduos que lhe estão submetidos ou dos que o instituem. Uma espécie de ‘terceiro reino’ é assim introduzido por Kelsen na dicotomia clássica no neo-empirismo [segundo a qual existem apenas dois tipos de proposições, as que se referem a relações entre idéias, tais como as proposições matemáticas, e as que se referem a factos, sendo que as primeiras têm em si sua verdade e as segundas só são verdadeiras se estiverem de acordo com a experiência].¹⁰⁶

Assim, para que a cientificidade da Dogmática – seu principal atributo – pudesse ser estabelecida sem questionamentos, foi necessário assumir como pres-

¹⁰⁵Por exemplo, veja-se como LARENZ afirma, com ares de naturalidade, a sinonímia entre “Jurisprudência” (ou seja, Ciência Jurídica) e “Dogmática Jurídica” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 261-262. Confira-se, ainda, a respeito, BOBBIO: “Como a ciência ou é avaliativa ou não é ciência, o método positivista é pura e simplesmente o método científico, e, portanto, é necessário acolhê-lo se se deseja fazer ciência jurídica ou teoria do direito: não o acolhendo, não se faz ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.” BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 250 (tradução livre). Interessante notar que, embora afirme que “a assunção do método positivista não implica na assunção da teoria juspositivista”, e que a assunção do método e da teoria positivistas não implicam “na assunção da ideologia positivista” (p. 246-247), o autor italiano veda o acesso à teoria àqueles que não seguem o método.

¹⁰⁶ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11 p. 185. Para a “dicotomia clássica” do neo-empirismo, p. 141.

supostos: 1) a cientificidade do próprio saber jurídico; 2) a afirmação da juridicidade pelo Juspositivismo; 3) a derivação da Dogmática a partir do Juspositivismo.

Já se viu o quanto o conceito de “cientificidade” é tributário da mentalidade positivista e de seu “cientificismo”. A respeito da afirmação da juridicidade pelo Juspositivismo, disse Abbagnano o seguinte:

O reconhecimento deste terceiro reino [o da juridicidade] faz ao mesmo tempo a originalidade e a força da doutrina de Kelsen, a qual se distingue, assim, do positivismo jurídico oitocentista, que considerava o direito como a imposição ou a acção imperativa do estado ou de qualquer outra autoridade, ou que tendia a identificá-la com a média dos comportamentos efectivos.¹⁰⁷

Inserida no contexto daquela mesma mentalidade positivista, ainda que dela tenha se destacado em certos pontos, o Juspositivismo de linhagem kelseniana, ao afirmar a especificidade do jurídico, na verdade – sem naturalmente, negar aqui sua originalidade e força, tal como reconhece Abbagnano – reafirma uma tendência, um “vezo” em nada exclusivo, que parece típico do saber jurídico e seus cultores, conforme esboçada por Saldanha¹⁰⁸:

A um dogmático, isto é, a um ‘cientista’ específico do Direito, não caberia fazer pronunciamentos sociológicos nem filosóficos. Com isto estariam de acordo os representantes da *École de l’Exegèse*, muito antes de Kelsen e independentemente dos esquemas didáticos. [...] Com esta redução, que proibia ao jurista ‘propriamente dito’ incursionar por temáticas históricas e sociológicas, bem como filosóficas e políticas, se agravava aliás um certo vezo dos próprios juristas, freqüentemente avessos ao trabalho interdisciplinar.

Este “vezo”, tendência e hábito dos juristas, reflete-se no destacamento do Direito dos demais saberes, e configura-se como uma espécie de *leitmotiv*, do qual

¹⁰⁷ ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11 p. 185.

¹⁰⁸ SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Coscio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, p. 21, abr./jun. 1984. p. 21.

¹⁰⁸ Neste sentido, veja-se o comentário, feito de passagem por BLOCH: “há, na noção do fato jurídico como distinto dos outros, algo de exato. É que, ao menos em numerosas sociedades, a aplicação e, em larga medida, a própria elaboração das regras de direito foram

o Juspositivismo Kelseniano e a Dogmática Jurídica contemporânea não seriam que uma variação¹⁰⁹.

É neste sentido que, sugerindo demarcar uma tendência antiga dos juristas, Saldanha traça uma

trajetória da dogmática, apontando seu apogeu e sua crise. Os juristas medievais, que faziam dogmática *sans le savoir*, transmitiram aos modernos alguns traços metodológicos, provindos do padrão escolástico de pensar. Os modernos, evoluindo com o racionalismo e com a filologia, desenvolveram após as codificações uma série de *escolas*, dentre as quais a da Exegese na França e a dos Pandectistas na Alemanha corresponderam mais aproximadamente ao que se tem como dogmática jurídica. No século vinte, as dificuldades – já encontradas no dezenove – relativas ao convívio com a realidade social se agravaram, começando a prosperar um tipo de crítica que apontava para os ‘conflitos’ entre a lei e os fatos e para temas desta espécie. A *crise* do Direito, de que se vem falando há algumas décadas, pode ser vista neste caso como crise institucional do legalismo, e como crise histórico-epistemológica do saber dos juristas.¹¹⁰

Assim, a afirmação da juridicidade – idéia com a qual estariam de acordo os exegetas do *Code Napoléon* –, cuja autoria é reivindicada pelo Juspositivismo, soa mais como parte de uma tradição, para a qual em muito contribui o “vezo” de que fala Saldanha.

Não se quer com isto negar a importância da afirmação de um reino especificamente jurídico nem diminuir o brilho lógico das exposições dos formalistas, Kelsen à frente. Aliás, reconhecer a responsabilidade do Juspositivismo pela for-

obra própria de um grupo de homens relativamente especializado e, nesse papel (que seus membros podiam naturalmente combinar com outras funções sociais), suficientemente autônoma para possuir suas tradições próprias e, com freqüência, até uma lógica de raciocínio particular. A história do direito, em suma, poderia muito bem só ter existência separada como história dos juristas” BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 130-131.

¹¹⁰SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Coscio. Revista trimestral de jurisprudência dos estados, São Paulo, ano 8, v. 27, abr./jun. 1984. p. 21-22. Sobre a escolástica, o Direito Canônico e sua influência sobre a “Ciência Jurídica Profana” ou secular, WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 67-90.

matação atual da Dogmática é quase um truísmo¹¹¹; mas daí não decorre que esta tenha sido inventada por aquele, como a interpretação juspositivista da História dá a entender. O que se quer é apenas ressaltar que, muito embora no desenho atual da Ciência Jurídica e da Dogmática haja linhas inegavelmente kelsenianas e neo-empiristas, há neles também o “traço longo e pesado” de linhagem positivista e marcas do “vezo” típico dos juristas. E, mais importante, se quer apontar que a tão freqüentemente afirmada distinção entre o saber jurídico e os demais saberes, que deveria ser a base de sua cientificidade, é altamente discutível e serve de justificativa ao longo reinado dos juspositivistas e dogmatas.

Discutível também é, aliás, o último dos pressupostos que sustentam a cientificidade da Dogmática: a sua derivação do Juspositivismo. Afastado o sentido de “Dogmática”, como sinônimo ou correlato de Ciência Jurídica ou Juspositivismo, tem-se os significados, no fundo relacionados, de “método de estudo”; de “saber coletivo dos juristas”; de “estudo incontornavelmente técnico do Direito”; e de “uma das áreas ou planos do conhecimento jurídico”.

Enquanto método, a Dogmática na verdade antecede ao Juspositivismo – revelador, neste sentido, é o fato de Ferraz Júnior apontar, como exemplo de campo de estudo dogmático, a teologia –, e, como estudo técnico do Direito, suas origens podem ser retraçadas aos glosadores e juristas medievais, “que faziam dogmática *sans le savoir*”; aos pandectistas; e mesmo aos romanistas em geral, freqüentemente preocupados com a aplicabilidade e a eficácia de um Direito Romano sempre a exigir reinterpretação e atualização¹¹².

¹¹¹Dirá SALDANHA que “a ciência jurídica de padrão normativista [...] tende a concentrar-se sobre a ‘dogmática’” SALDANHA, Nelson. A propósito de ‘crítica da dogmática’. Anotação a um texto de Cossio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, abr./jun. 1984. p. 22.

¹¹²A respeito dos romanistas e do *usus modernus*, MONCADA, Luís Cabral de. Crise do Romanismo na Europa. In: *Estudos de história do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949. v. 2. p. 222; sobre o *usus* e sua introdução em Portugal, MARQUES, Mário Reis. MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 159. Genericamente, pode ser dito que a Dogmática Jurídica deve muito “amplo trabalho dos pandectistas, que levaram ao extremo o rigorismo conceitual e a visão articulada dos institutos” SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Enquanto “saber coletivo” – ou “*senso comum teórico dos juristas*”, na linguagem de Warat¹¹³ – a Dogmática decorre assim daquele “vezo” dos juristas expresso num auto-isolamento epistêmico, como do cientificismo que tanto fez o Direito anelar a se tornar uma “ciência”.

Entende-se melhor, assim, porque a História recebe um tratamento tão áspero da Dogmática, ainda mais severo que o recebido pela Filosofia. O Jus-positivismo, ao firmar-se como paradigma dominante, reencena a História do Direito para que esta nada mais seja do que uma lenta e sofrida evolução da qual ele mesmo é o pináculo. Manifestação sintomática deste esforço de revisão his-

p. 77-78, bem como à Escola Histórica Alemã Idem. SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 44. SALDANHA afirmará, ainda, com esteio em WIEACKER, que “sua obra essencial (da Escola Histórica) foi a dogmática, e não a historiografia.” Foi, aliás, como já se fez menção neste trabalho (capítulo 2.2), mérito desta Escola e dos pandectistas o “descarrilamento” do estudo do Direito Romano e a derrocada da veneração a ele dirigida (MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 223-224. Mais a respeito da introdução e influência do Pandectismo em Portugal em MARQUES, Mário Reis. Op. cit., p. 166. Menções à influência da Escola Histórica e das Pandectas no Brasil e em especial na obra do Conselheiro Ribas em CRUZ E TUCCI, José Rogério. Antonio Joaquim Ribas. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 36. Outra das principais credoras da Dogmática é a Escola da Exegese francesa, da qual recebeu, além da preocupação com o “método”, também uma intensa repulsa à História e ao passado. A respeito, mencione-se que, para SALDANHA a principal contribuição da Exegese seria impulsionar a transição do “fetichismo da lei” para o “fetichismo do método”: “A teoria do método tomara o lugar da própria reflexão filosófica, em um reducionismo ostensivo, e no fundo ideológico. [...] Do fetichismo da lei, consolidado no século XIX, chegava-se assim ao fetichismo do método” SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 82. Ainda sobre a Exegese, veja-se GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 515-516. Atente-se, ademais, para o caráter “local” desta Escola, como bem nota HESPANHA: “a Escola da Exegese estava intimamente ligada – é certo – ao ambiente político e jurídico francês, ou seja, a um Estado nacional revolucionário, em corte com o passado, dotado de órgãos representativos e que tinha empreendido uma importante tarefa de codificação. Isto determina a disseminação dos princípios desta escola noutros países, retardando-a, nomeadamente, nos casos em que estes requisitos não estivessem realizados Mas a sua recepção foi sempre mais vocal que real.” HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005, p. 380. A advertência de HESPANHA, porém, vale também para a Escola Histórica e para as correntes jurídicas europeias em geral.

¹¹³ WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, n. 5, jun. 1982. p. 48-57.

tórica é a tentativa de Bobbio, vista acima¹¹⁴ e, naturalmente, as partes históricas dos Manuais.

Uma reencenação que resultou não apenas na ignorância dos fundamentos históricos do Direito e da própria historicidade do jurídico, como ainda na propagação de uma permissiva e tendenciosa interpretação, que aparece aqui e acolá em obras dogmáticas, ora como “ponto de referência”, ora como “depósito de exemplos”, ora ainda como um “troféu” e uma “curiosidade”, nas palavras de Saldanha¹¹⁵:

Se verificarmos, portanto, o conteúdo da ‘ciência jurídica contemporânea’ (incluídos nessa palavra os séculos XIX e XX), adotando-se provisoriamente o sentido infra-crítico dos compêndios, vemos que de um modo geral a história jurídica ainda é tratada mais como ponto de referência, depósito de exemplos. Se tirarmos as grandes obras decididamente historiográficas que [...] se escreveram do romantismo para cá, vemos que para a forma, para a elaboração da ciência do Direito o fato histórico vem tendo, praticamente, apenas aquela função. O ponto de vista sistemático predomina plenamente; e no caso de certas referências históricas, a impressão que temos é a de que surgem quase como um troféu, uma curiosidade complacentemente exibida pelo ponto de vista doutrinário triunfante.

A Dogmática Jurídica, que à princípio parecia a filha orgulhosa do Juspositivismo e da Ciência, revela-se, assim, uma descendente bastarda, eis que notáveis nela são os traços do Historicismo das Pandectas, do Exegetismo dos civilistas franceses, e da Escolástica medieval, da qual, aliás, terá recebido bem mais que sua

¹¹⁴Tópico 2.2.

¹¹⁵SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964. p. 58. Este mesmo autor sugere ainda que: “O chamado rigor formal é admissível e até necessário no saber dito dogmático, isto é, no trato específico dos diversos ramos do direito positivo. Não cabe trazê-lo, mais ainda sob enfoques cientificistas, para dentro da teoria jurídica; menos ainda, da filosofia, onde o rigorismo e o cientificismo significam muitas vezes renúncia às reflexões mais representativas.” Idem, *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 110. Seria de bom azo acrescentar que, se na filosofia o rigorismo e o cientificismo significam renúncia à reflexão, com tanto mais razão há de se criticar sua aplicação à História do Direito.

obsessiva “preocupação um tanto escolástica em sistematizar, unificar e pensar por conceitos gerais”¹¹⁶.

Entende-se, assim, como na Dogmática permanecem vivas, “sob traços novos, a teologia, a metafísica, a ideologia, todas, contudo, expressamente repudiadas” mas entrevistas “na idealização de certos objetos, tais como o ordenamento e norma”; na “sagração do espaço” epistêmico, no interior do qual apenas os objetos severamente crivados e ungidos pelo método podem ingressar; na consideração da existência uma “veritas una, intransigentemente defendida, com recomendações dos prosélitos contra desvios e sincretismos”; na existência de “autoridades bibliográficas postas em diferentes níveis, portanto em hierarquia”; e, ainda, como “o latim em outros séculos”, na consagração do “alemão como língua litúrgica, língua dos textos de Kelsen, hieraticamente reverenciados.”¹¹⁷ Parafraseando Saldanha, poder-se-ia dizer até que os dogmas fazem glosa e escolástica *sans le savoir*...

Compreende-se, da mesma forma, porque a expressão “Dogmática Jurídica”, ou “Ciência Dogmática” ao serem pronunciadas, produzem aquela “impressão especialmente estranha” de que fala Brusiin: é que se tratam de “palavras e formas de pensamento que, procedentes de uma época cultural, tenham sido herdadas por outra profundamente diferente”; palavras “que não se encaixam no conjunto, não se adaptam ao ambiente”¹¹⁸.

¹¹⁶SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 121. Noutro lugar já se falou no “culto à autoridade” e nos “excessos da educação escolástica”. Hábitos ainda muito presentes na Dogmática Jurídica, que, segundo alguns autores, é herança portuguesa. Veja-se a respeito SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, p. 245, jan./mar. 1985. Idem. As Constantes axiológicas da experiência jurídica brasileira. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 12, v. 48, p. 6-7, jan. 1988. DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 43; 49.

¹¹⁷Citações todas de SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 85-87.

¹¹⁸BRUSIIN, Otto. *O pensamento jurídico*. Campinas: Edicamp, 2001. p. 223. Um exemplo de um rudimento atávico seria o “reverencialismo”, ou seja, a adoração desmesurada de determinados autores e manuais, em tudo semelhante à certos hábitos típicos da Escolástica do Medievo. Veja-se OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. Disponível em: <www.esmape.com.br/

3 O prisma e os clichês: o positivismo, os manuais e a história

3.1 O Prisma Lusitano e as letras jurídicas brasileiras ao tempo do Império

Tudo quanto já foi dito até agora, antes de aplicar-se à Dogmática Jurídica brasileira e aos Manuais tupiniquins deve, como recomenda Saldanha,

ser revisto sob o prisma da diferença entre o modo europeu de ver e formular, ligado à secular experiência européia, e o modo brasileiro [...], emergindo para a autoconsciência mas fatalmente misturado às matrizes européias.¹¹⁹

A intenção do autor, ao apontar para o “prisma da diferença”, não é tentar re-traçar o caminho dos raios de luz. O feixe branco resultante torna indistinguíveis¹²⁰ as cores prismáticas européias das brasileiras; o que se quer é apontar a própria existência do prisma – relembrando, assim, o caráter “local” das idéias debatidas, que não podem, sem distorções e refrações, ser lidas sem uma contextualização.

Esta assertiva não contém, como se poderia argüir, um trecho de nacionalismo epistemológico, por assim dizer, mas destaca a necessidade de cautela para se proceder

downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf.> A “estranheza” de que fala BRUSIIN poderia ser explicada pela permanência de tais “rudimentos atávicos”, de certas “formas de pensamento” procedentes de épocas alheias? Parece algo perfeitamente possível, tendo em vista a assertiva de DEL VECCHIO, de que pode dar-se a existência sincrônica de institutos jurídicos provenientes de diversas épocas históricas, ainda que não possa ocorrer uma repetição – mas apenas analogias e imitações – de fenômenos passados no presente DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 24-25.

¹¹⁹Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001 p. 35.

¹²⁰Neste sentido, fala SALDANHA numa “atitude comparativa natural” em povos que “procedem de um estágio colonial, durante o qual receberam instituições, e de revoluções políticas que lhes trouxeram a independência formal, e com as quais lhes veio o desejo de reelaboração dos ordenamentos” SALDANHA, Nelson. *Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 26, out./dez. 1983. p. 46. Esta “recepção obrigatória”, especialmente no caso de ex-colônias européias como o Brasil, reflete, em verdade, uma tendência global, já que “as estruturas jurídicas ocidentais se impuseram por toda a parte [...], tanto pela formação européia que receberam como pela posterior aceitação de modelos”. Pode-se dizer que, em parte, e em determinados locais, “as ‘crises’ jurídicas vêm disso: da adoção de formas que foram representativas de uma idéia de

à análise de uma situação tão específica e individual quanto a brasileira¹²¹. Por exemplo: a introdução das idéias positivistas no Brasil, onde o comtismo obteve uma recepção única, que resultados tiveram, com seu saliente cientificismo, no saber jurídico pátrio? Como, de forma geral, foram recebidas em nossas letras jurídicas, as inovações do oitocentos? Haveria um lapso de tempo entre o predomínio de determinada Escola na Europa e sua chegada ao país, tal como ocorre na literatura? Ou, ainda, para formular uma indagação cuja resposta decerto o pensamento jurídico europeu não terá, qual teria sido a influência das populações negras ou indígenas na formação da nossa ordem jurídica¹²²? Tais questões, que naturalmente não podem mais que ser tangenciadas superficialmente neste trabalho, devem, pelo menos, estar aqui conscientemente formuladas.

Deste modo, é possível falar, tal como faz Saldanha, em “constantes axiológicas da experiência jurídica brasileira”, considerando os

valores jurídicos como valores éticos e políticos por implicação: seu caráter específico corresponde à

direito européia para circunstâncias sociais e étnicas completamente diferentes das que correspondem àquela idéia em sua gestação”, adoção esta que vai além das formas jurídicas, obviamente, e que obriga as nações receptoras a vestir “às pressas o paletó e a gravata, junto com as fórmulas parlamentares e as modas ideológicas” SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 142. WIEACKER, no contexto do fim do imperialismo europeu na África e na Ásia expõe sua crença de que, “por muito que se faça sentir a influência do racionalismo e do legalismo europeus, todos esses novos países [resultantes do processo de descolonização] acabarão por desenvolver um direito que se afastará progressivamente dos modelos das correspondentes famílias jurídicas européias. De que forma reagirão povos ou grupos de povos, com cultura e sensibilidade jurídicas próprias e vivazes, não pode ser dito de antemão.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. Um excelente exemplo do status global do paradigma jurídico ocidental, e indício de uma curiosa unanimidade crítica com relação às suas limitações encontra-se em ODA, Hiroshi. *Japanese Law*. New York: Oxford, 2002. p. 09-11; p. 393-395.

¹²¹ Principalmente porque se cuida de um estudo de História das Idéias Jurídicas no Brasil, em geral totalmente “desprovidos de método ou técnica.” GARCIA, Viviane Macedo. Metodologia da história das idéias. In: SOUSA GUSTIN, Miracy Barbosa de; SILVEIRA, Jacqueline Passos da; AMARAL, Carolline Scofield. *História do direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 369-387. Para uma análise dos problemas que um estudo da História do Direito e da Justiça no Brasil enfrenta, WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25-27.

¹²² Pergunta incidentalmente feita por WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Op. Cit., p. 19-20.

circunstância de se darem numa ordem normativa peculiar, que se compreende como ética e como política sem se reduzir a elas.

E se existem, senão ‘caracteres’, ao menos peculiaridades nacionais, estas possuem certamente dimensão cultural e portanto conotam valores. É evidente que cada grande nação moderna vem construindo (ou tem construído) uma cultura jurídica que, ligada e conjugada à respectiva experiência, implica um *espírito* específico – é o termo de Bonnecase – ou pelo menos ‘condições reais’ no sentido amplo da expressão.¹²³

Estes caracteres e elementos da cultura e da experiência jurídicas pátrias, que integram o “espírito” do Direito brasileiro pressupõem e consideram uma referência às nossas origens:

A chegada do homem branco como conquistador da terra, o trauma do apossamento diluído nas ambigüidades do povoamento e da miscigenação, a importação de contingentes de escravos; por sobre tudo isso a imposição de *Ordenações* durante três gerações de monarcas, e depois a penosa e minguada formação de minorias alfabetizadas, ocupantes dos cargos públicos e do clero. Tanto no clero como nos cargos públicos as implicações políticas; tanto naquele como nestes o hábito da burocracia e a participação direta ou indireta no autoritarismo.

Somente aos poucos, depois de Pombal e da penetração das chamadas *luzes* em Portugal, algumas résteas do Iluminismo chegam ao Brasil, despreparado ainda para desenvolvê-las: nada de sociedade já urbana da revolução industrial, vigente na França e na Inglaterra, nada do espírito-de-geometria dominante na Europa. [...] As minorias alfabetizadas lêem Rousseau e Montesquieu, bem como Plutarco – é o testemunho de Armitage – e os hoje esquecidos discursos de Boissy d’Anglas. Elas percebem a correlação de nosso processo histórico, em direção à emancipação política e ao constitucionalismo, com o processo similar ao vivido pelo resto da América Latina; será outro problema, embora caiba registrá-lo, o fato de aquela emancipação não ter ido muito além do rompimento formal com a metrópole. Outro problema, também, o de não termos levado a sério a

¹²³SALDANHA, Nelson. As Constantes Axiológicas da experiência jurídica brasileira. Revista *Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, ano 12, v. 48, jan. 1988. p. 04.

intuição de alguns no sentido de conjugar nossos esforços com os demais povos latino-americanos.¹²⁴

É exatamente neste contexto que surgem nossos primeiros juristas. Integran-tes desta elite educada em Coimbra para exercer cargos públicos ou clericais, e para quem as idéias iluministas, ausentes aqui as bases sociais e culturais necessárias ao seu perfazimento, não poderiam ser muito mais que palavras altissonantes e vazias¹²⁵.

A distinção de primeira obra jurídica¹²⁶ recai entre o *Tratado de Direito Natural* (1770), de autoria do poeta e inconfidente Tomás Antonio Gonzaga (1744-1810)¹²⁷ e o *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha* (1798), de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu (1756-1835).

A favor do último concorre não apenas o fato do primeiro pertencer mais ao universo jurídico-literário português que ao nacional¹²⁸, mas também porque a obra de Cairu “*por muito tempo restará dominante nesse cenário como fato expres-sivo literário, até quando, em 1827, são instalados os cursos jurídicos em São Paulo e*

Olinda e se abre a fase propriamente nacional de nossas letras jurídicas.”¹²⁹

¹²⁴SALDANHA, Nelson. As Constantes axiológicas da experiência jurídica brasileira. *Revis-ta trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 12, v. 48, jan. 1988. p. 05.

¹²⁵DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 45.

¹²⁶Digna de nota é a primeira menção feita ao termo “Direito Positivo”, exatamente em oposição a um “Direito Natural” na História Jurídica Nacional. Encontra-se em carta do sacerdote jesuíta Manuel da Nóbrega dirigida aos hierarcas lusos, na qual ele “pedia orien-tação a seus superiores sobre, entre outras, questões como a da legitimação das uniões estáveis entre indígenas, mistas e dos casamentos consangüíneos, vedados pelo direito positivo português e pelo direito canônico” WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p. 21.

¹²⁷Para uma abordagem da obra no contexto do jusnaturalismo racionalista de fins dos setecentos, <http://www.klepsidra.net/klepsidra13/antoniogonzaga.htm>. Acesso em: 06/03/2008. Veja-se ainda DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 49, cuja menção a respeito é, no entanto, apressada.

¹²⁸MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Li-vraria Almedina, 2002. p. 157.

¹²⁹DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 34; 40. Merece menção, ainda, o resumo deste autor a respeito da obra de Cairu: “Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha, seguido de copioso subtítulo como se usava, é dividido

A Independência e a outorga da Constituição de 1824 abrirão, em primeiro lugar, um ciclo de atividade legislativa febril¹³⁰, com a edição de diversos diplomas: “o Ato Adicional de 1834, a Lei de Interpretação de 1840 e a Lei de 1841, que recriou o Conselho de Estado”, além das primeiras codificações, a começar pela “edição do código criminal, em 1830, [à qual] sucede em 1832, a do código de processo criminal, e a esse os preceitos de 1841 e 1842 (Lei nº. 261, de 03.12, e Regulamento nº. 120, de 31.01, respectivamente).” A Lei Civil, “essa tardaria excessivamente, até o século vindouro; a comercial demoraria até 1850”¹³¹, e a essa última lhe seguiriam “os regulamentos adjetivos de nº. 737 e 738”¹³². Em segundo, e a partir de 1827, com a criação dos Cursos Jurídicos, a vida jurídica brasileira assumirá uma nova forma, passando a ser “composta em circuito próprio, do bacharel ao jurisconsulto, do magistrado ao legista.”¹³³

em oito tratados, versando desde o contrato de seguro (formulação, dissolução e execução, e um apêndice com formulários e legislação) à economia política, comentados nesse contexto os elementos respectivos, tais como o câmbio marítimo e o contrato de dinheiro a risco, ‘denominado de grossa ventura’; a letra de câmbio, a nota promissória, os bancos de comércio, os contratos e obrigações dos negociantes e suas causas mercantis; e cuida ainda dos aspectos administrativos e judiciários próprios do comércio”.

¹³⁰ Outro ciclo, este de atividade doutrinária, terá ensejo ao redor da curiosa figura constitucional do “Poder Moderador”, e inaugurará o Direito Público Brasileiro. Cuida-se de um debate encetado por Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, com a obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (1857); continuado por Paulino José Soares, o Visconde do Uruguai, em *Ensaio sobre o direito administrativo* (1862); desenvolvido por Braz Florentino Henriques de Souza, no livro *Do Poder Moderador* (1864) e Zacarias de Góes e Vasconcelos, no *Da natureza e limites do Poder Moderador* (1861); e, de certa forma, concluído por Tobias Barreto, com seu *A Questão do Poder Moderador*. (1871-1875). A respeito dos debatedores e do objeto do debate, PAIM, Antônio. *Curso de introdução ao pensamento político*. Brasília: UnB, 1982. p. 17; 21-50; SALDANHA, Nelson. A Teoria do ‘Poder Moderador’ e as origens do Direito Político Brasileiro. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 13, v. 63, p. 14-18, abr. 1989. DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 103-113.

¹³¹ DUTRA, Pedro. Op. Cit., p. 44-45.

¹³² Ibidem, p. 51.

¹³³ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992., p. 35. “Entre 1827 e 1850”, diz o autor, “não ficou inerte por certo a atividade literária; há alguns livros editados, mas não expressivos.” Mais sobre a Lei de 11 de agosto de 1827 em FÁTIMA COELHO, Ana Paula de. A Lei de 11 de agosto de 1827 – A Criação do Curso Jurídico no Brasil e a Sociedade Oitocentista. GARCIA, Viviane Macedo. Metodologia da história das idéias. In: SOUSA GUSTIN, Miracy Barbosa de; SILVEIRA, Jacqueline Passos da; AMARAL, Carolline Scofield. *História do direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 495-524.

As primeiras gerações de juristas brasileiros¹³⁴ não lograram se libertar daquela erudição, ainda “havida majoritariamente em Coimbra”¹³⁵:

O predomínio dos juristas lusos operava-se notadamente por meio das obras de Mello Freire e de Lobão, aquele o teórico e este o praxista, ambos tributários do espírito pombalino, cujo fio renovador cortara também na secular Universidade de Coimbra, timbrando-lhe a reforma de 1772. Os comentaristas do *Code Civil* não estavam ainda plenamente disseminados entre nós, e bem assim os autores alemães. Aqueles, Troplong à frente, ao redor do meado do século estariam vulgarizados; esses uma vez traduzidos para o francês, como foi o caso de Savigny, tão caro à Teixeira de Freitas.¹³⁶

O “predomínio luso”, resistente até a metade do século XIX – ou até mais adiante, se se notar que a vigência em terras brasileiras das Ordenações Filipinas (1603) só foi suspensa integralmente pela promulgação, em 1917, do Código Civil – será responsável não apenas pelo “dreno” através do qual haurimos a cultura latina¹³⁷ (e também a européia em geral) como pelo nosso específico “paradigma dogmático”¹³⁸. Até porque não há leito ou “dreno” que não impregne com suas qualidades o fluxo que por ele corre¹³⁹.

¹³⁴Dentre os quais se destacam, na segunda metade do século, Paulino José Soares, o futuro Visconde do Uruguai; Pimenta Bueno; Nabuco de Araújo; Paula Batista; Cotegipe; Zacharias de Góes; Cândido Mendes de Almeida e Teixeira de Freitas (DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 49).

¹³⁵Ibidem, p. 45.

¹³⁶DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 49.

¹³⁷DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. – Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 35. Uma breve discussão sobre a noção de “continuidade”, em WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. – Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 35-38. Para nós parece óbvio que uma tal noção de “continuidade” que ligaria Brasil à Roma só pode ser entendida pela intermediação lusitana.

¹³⁸SALDANHA, Nelson. As Constantes axiológicas da experiência jurídica brasileira. *Revisita trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 12, v. 48, p. 9, jan. 1988.

¹³⁹Em Portugal, a própria recepção do jusracionalismo fora “tardia”, e em meados dos setecentos se denunciava, ainda, a existência de uma “exagerada dependência dos recuados Corpus Iuris Civilis e Corpus Iuris Canonici”, e o apego aos “vetustos instrumentos do silogismo e das opiniones dos doutores” pela pena de Luís António Verney (1713-1792), em seu tratado tipicamente iluminista Verdadeiro método de estudar (1746) MARQUES,

De qualquer sorte, será ainda sob a égide lusitana, mais que sob luzes francesas ou alemãs, (e mesmo tais luzes, quando ocorrentes, só iluminarão o Brasil depois de refratadas pelo prisma luso) que surgem as primeiras obras de Processo Civil:

A década de 50, o próprio ano de 1850, fere como um limiar; brotam as obras, no norte e no sul. Nesse ano José Maria Frederico de Souza Pinto (1806-1854) lança as *Primeiras Linhas sobre Processo Civil*, em cinco volumes [...]; antes, acomodara e anotara as obras de [...] Correa Teles e Pereira de Carvalho [autores lusitanos] (*Doutrina das Ações e Processos Orfanológicos*). Em 1851 lançará “Curso de Direito Cambial”, onde trata dos títulos de crédito, e sua circulação comercial, nos termos do novo código comercial. Obra arrolada como inaugural por J.X. Carvalho de Mendonça, não teve mérito maior, assim como a relativa ao processo civil, presa em excesso às fontes lusitanas. [...] Destino diverso teriam as obras de José Antonio Pimenta Bueno (1804-1878), mais tarde Marquês de São Vicente. [...] Seu primeiro livro *Apontamentos sobre as formalidades do Processo Civil*, 1850, encontrará boa acolhida, sendo reeditado oito anos após; Spencer Vampré vê-lhe qualidades superiores, ‘naturalizou o processo civil, extraindo dos velhos praxistas portugueses e dos mestres mais recentes, sobretudo de Pereira e Souza e Melo Freire, quanto pudesse mostrar de utilidade.’ Em 1857 dois livros seus são editados, ambos definitivos *Apontamentos sobre Processo Criminal Brasileiro e Direito Público e Análise da Constituição do Império*. [...] Em seu segundo livro sobre processo pudera Pimenta Bueno cuidar de matéria já ordenada legalmente, desde 1832; enriquecida pelos estudos de Direito Público, estará em juízo mais firme a relação entre aquele e a ação da justiça.¹⁴⁰

Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 145-146. A recepção não só foi tardia, como realizada pela via legal das pelas reformas pombalinas – a famosa “Lei da Boa Razão” é de agosto de 1769 –, que, na melhor tradição iluminista, resiste, a seu modo, ao romanismo (Ibidem, p. 154 e 163-168), tornando a aplicação das vetustas normas romanas de Direito Comum possíveis apenas quando excepcionalmente, houver lacunas a se preencher e quando tais normas estiverem em conformidade com a “boa razão”. Mais a respeito em RIBEIRO DA SILVA, Cláudio Henrique. Lei da boa razão: o assalto iluminista ao direito lusitano. In: SOUSA GUSTIN, Miracy Barbosa de; SILVEIRA, Jacqueline Passos da; AMARAL, Carolline Scofield. *História do direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 389-419.

¹⁴⁰ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 53-54.

Obras brasileiras, mas ainda “presas em excesso às fontes lusitanas” e “extraindo dos velhos praxistas portugueses” demasiado. Sem qualquer menção, aliás, à tão propalada “cientificidade”, não só do Direito e da Dogmática Jurídica, como também do Direito Processual Civil, que na Alemanha já se afirmava aos poucos. Alguns anos depois da obra pioneira de Souza Pinto, em 1855,

um lente da Faculdade e ‘advogado nos auditórios da mesma cidade do Recife’, lançaria uma pequena obra, *Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial*, justamente tomada por marco em nossa literatura jurídica. Francisco Paula Batista (1811-1881) impôs, já em seu primeiro trabalho, um novo padrão de escrever Direito; não escapará ao leitor a atração do estilo exato e da simplicidade precisa com que Paula Batista trata a sua matéria. Em seu segundo livro, *Compêndio de Hermenêutica do Direito*, 1860, ao definir o intuito de sua obra, disse dá-nos exemplo: ‘Tirar a hermenêutica jurídica da confusão em que tem estado com falso título de sistema, tal fora o meu desígnio, compondo este livro para compêndio dessa interessante matéria nas faculdades do Império’. Nesse caso, não coube a modéstia: somente em 1923 outro livro sobre o mesmo tema surgirá, de autoria de Carlos Maximiliano. Igualmente, ao versar sobre o processo civil. Se as outras obras, que lhe seguiram, como as de Ramalho e Ribas, se impuseram pelo muito que ordenavam o tanto que de esparso havia nas normas, ficou a do lente de Recife como disciplinadora do raciocínio processual, na verdade o fator básico da lei adjetiva. Será o grande comentário ao Regulamento nº. 737, o seu desdobramento teórico.¹⁴¹

Tão grande seria o prestígio de Paula Batista “como exímio mestre de direito”, que em sua época “correu notícia da tradução de uma de suas obras para o alemão, passando a servir de compêndio na Universidade de Heidelberg”¹⁴². Boato pretensioso, mas que é indicativo do alto status gozado pelas letras jurídicas alemãs à época, e, ao mesmo tempo, do geral desconhecimento que as cercava em nossas plagas.

¹⁴¹ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992 p. 54-55.

¹⁴² AZEVEDO, Luiz Carlos de. Expressões do Direito Processual no Brasil Império: Francisco de Paula Batista. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 250.

O praxista em análise defenderia, em sua obra, “o direito individual de se invocar a autoridade pública”, e, ainda, afirmaria “que o direito de ação é direito autônomo, distinto do direito subjetivo, dirigido contra o Estado, e não contra o réu, abstrato, e voltada à obtenção de uma sentença de mérito”, arrolando distintamente, “o recurso a ser utilizado” diante de cada pronunciamento judicial¹⁴³.

Paula Batista parece, assim, antecipar posições contemporâneas – escusando-se, naturalmente, o fato de que são exatamente os contemporâneos a encontrarem tais posturas. Inobstante, há quem lhe atribua poses antilegalistas enquanto, ao mesmo tempo, afirme seu caráter de profeta da cientificidade do Direito Processual, sem se ater para a contradição latente e eventual¹⁴⁴ que tais posições engendrariam no século XIX.

Seu sucessor nos letras, Joaquim Inácio Ramalho (1810-1902) seria tido como o principal praxista brasileiro da época imperial:

Um ano após a obra de Paula Batista, lança Ramalho os seus *Elementos de Processo Criminal*, cujo ‘benigno acolhimento’ levaram-no a editar, em 1861, *Prática Civil e Comercial* e a seguir, em 1868, *Praxe Brasileira*, sendo o seu último livro, *Instituições Orfanológicas*, datado de 1874. Determina toda a obra de Ramalho o sentido prático de sua produção [...]. Era clara a Ramalho a função do processo, quando lhe atribuía a descoberta da verdade como a sua primeira lei; e era realista, quando mostrava o estorvo de uma legislação caótica, confusa de leis abrogadas e em vigor, como a de seu tempo. Nas letras jurídicas tem seu lugar definido: no curso diário da vida forense, como Paula Batista o tem na teoria do processo.¹⁴⁵

A trinca dos primeiros autores dedicados ao Processo Civil (Souza Pinto, Paula Batista e Ramalho) nem de longe lembra a ebulição intelectual que atinge a cultura jurídica européia, inclusive a jurídica e até mesmo – embora de início com alguma timidez – Portugal.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 251-252.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. Expressões do direito processual no Brasil Império: Francisco de Paula Baptista. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 252-253.

¹⁴⁵ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992 p. 55-56.

Há, no apego aos mestres lusitanos, um caractere irônico. Copiávamos de Portugal, que a seu passo copiava das “nações civilizadas” e mais desenvolvidas da Europa as normas e teses que não lhe fora possível elaborar, mas que lhe era eventualmente necessário aplicar¹⁴⁶. Esta peculiar situação, que exigia a realização de uma cópia da cópia, significava que, à exceção dos mestres portugueses, como os citados praxistas lusos Mello Freire e Lobão, o pouco que aqui chegava de doutrina européia chegava já gasto e de segunda mão.

Risória, destarte, a postura de alguns contemporâneos de encontrar traços de gritante modernidade¹⁴⁷ em homens que se espremiavam entre os singelos dispositivos do Regulamento 737, de novembro de 1850 – aplicável especialmente ao Direito Comercial – e os empoeirados comandos das Ordenações Filipinas. O Processo Civil era ainda mera praxe; era ainda “direito adjetivo”, e encontrava-se – a despeito do que diga um Paula Batista, ou melhor, do que digam que ele disse – ainda atado ao Direito Civil. Eis que o atraso na edição de um Código de Processo Civil – o primeiro a vigor em território nacional seria o de 1938 – parece atado ao arrastar das discussões acerca da redação de um Código Civil, numa situação descrita eloquentemente por Dutra:

A carta imperial [de 1824] determinara a redação de um código penal e outro civil. Denotando o ponto mais tarde convertido na grande interrogação de nossa lei privada, apenas o código penal foi editado. As normas civis, vigiam as herdadas da colônia. Transpunha-se, assim, por sobre o

¹⁴⁶MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 188-189.

¹⁴⁷Por exemplo, veja-se como se refere um autor hodierno às disposições do Regulamento 737: “não obstante as naturais dificuldades inerentes à época e ao momento histórico, no campo do processo, buscava-se proporcionar a aplicação e distribuição da justiça de forma que viesse atender, com a presteza que se esperava, aos reclamos dos cidadãos que a ela recorriam” AZEVEDO, Luiz Carlos de. Expressões do direito processual no Brasil Império: Francisco de Paula Baptista. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 245-248. Em oposição, confirmam-se as realistas ponderações de WEHLING sobre a situação do Judiciário brasileiro à época colonial WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 587-588, pouco alterada à altura do encerramento do Império, DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 82-83, e tristemente familiares.

Atlântico, o feixe das regras ancianíssimas das Ordenações Filipinas, legado bisonho de uma cultura em extinção. E abria-se a dicotomia entre a regulação civil e a penal, entre a pública e a privada, agravada com a edição do Código Comercial, em 1850. As relações externas, a face da nação voltada para o mundo, teria seus negócios jurídicos ordenados; sombrio, o rosto íntimo da nação demorava, esbatia-se, embrenhado nas Ordenações [...] O cipoal das normas então vigentes fundara-se em outro plano de idéias jurídicas, nutridas numa cultura já vencida, a portuguesa medieval, que lhe dera origem.¹⁴⁸

Neste cipoal de “regras ancianíssimas” e “bisonhas” é que surgirá, em 1858, a *opus magna* da cultura jurídica imperial, a *Consolidação das Leis Civis*, de Augusto Teixeira de Freitas, obra que mostrará um “traço fundamental do pensamento” deste jurista, “a saber, a sua compreensão do Direito como ciência, princípio ao qual buscará enlaçar sua obra”¹⁴⁹, a respeito da qual diria ainda o mesmo Dutra:

A importância da *Consolidação* não está apenas em ser preparatória à elaboração do *Código Civil*; esse demoraria ainda várias décadas, entrando sua edição em meio à República; e, se dela beneficiou-se Clóvis Beviláqua, isso não a torna obra fundamental para a feitura do *Código Civil* que seria editado, pois assim o determinavam as circunstâncias históricas. Capital é o valor da *Consolidação* como obra jurídica inaugural, basilar, de nossas letras jurídicas: indica o princípio efetivo da nacionalização de nossa cultura jurídica, requer cidadania ao nosso Direito, e afrouxa as cordas normativas do Direito Privado lançadas da antiga metrópole, que nossa independência política não lograra romper.¹⁵⁰

À obra de Teixeira de Freitas seguir-se-ão livros como *A escravidão no Brasil, Ensaio Histórico, Jurídico, Social* (1866-1867), redigida por Agostinho Marques Perdigão Malheiro (1824-1881), que divide, com *Apontamentos para o Direito Internacional ou Coleção Completa dos Trabalhos Celebrados pelo Brasil com Diferentes Nações Estrangeiras* (1864-1869), de Antonio Pereira Pinto (1819-1880), a

¹⁴⁸ DUTRA, Pedro. Op. cit., p. 64-66.

¹⁴⁹ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 66-67.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 67.

distinção de ser a primeira obra sistemática de nossas letras; entretanto apóia-se em forte esteio romanista aquela primeira, sendo pouco mais que uma compilação de documentos esparsos a segunda¹⁵¹.

Nenhuma delas, no entanto, pôde seguir os passos e o ritmo da “obra de desbravamento, de ruptura com a morfologia legal portuguesa”, e de tentativa de ver as coisas sem a luz projetada pelo prisma lusitano, ousadia do autor do Esboço (publicado em várias edições entre 1855 e 1864); nem determinar de forma visível a tendência por ela iniciada de uma “estruturação doutrinária autônoma, ou mesmo em processo de separação dos laços subjetivos da cultura jurídica herdada.”¹⁵²

Nem mesmo as obras de monta de Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917) – o Conselheiro Lafayette –, que despontam como as mais expressivas do termo final do Império¹⁵³; ou as de Cândido Mendes de Almeida (1818-1881), que, com Arestos do Supremo Tribunal de Justiça (1868), e Auxiliar Jurídico (1869), colaciona “regimentos e assentos de cortes portuguesas”¹⁵⁴; ou ainda as de Antonio José Ribas (1819-1886) – o Conselheiro Ribas – seguem-lhe o rumo.

Destaca-se, porém, a Consolidação das Leis do Processo Civil (1878-1879), de autoria de Ribas, com a qual seu autor pretende “regularizar e uniformizar a nossa praxe judiciária, e banir do foro as numerosas corruptelas que se tem introduzido.”¹⁵⁵ Detendo força de lei em atendimento “ao § 14 do art. 29 da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871 (chamada lei da reforma judiciária)”¹⁵⁶, ela é sinal claro do caos que, enquanto na Alemanha já se debatia há muito Von Bülow, grassava no Direito Processual brasileiro. Dirá Saldanha, aliás, das academias de direito do período imperial, que tinham ainda o “eco dos mosteiros”, e que se usavam nas

¹⁵¹DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, 70-71.

¹⁵²DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 70.

¹⁵³Ibidem, p. 92.

¹⁵⁴Ibidem, p. 83.

¹⁵⁵DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 85.

¹⁵⁶CRUZ E TUCCI, José Rogério; RIBAS, Antonio Joaquim. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 38-final?

aulas, “às vezes, livros mais que envelhecidos e obsoletados, estranhos aos grandes problemas”¹⁵⁷ que agitavam a Europa coetânea.

Ribas merece também destaque por se atribuir a ele papel importante na introdução das idéias da Escola Histórica no Brasil, muito embora defendesse, contrariamente ao famoso posicionamento de Savigny, posição favorável à codificação¹⁵⁸. A aparente irreverência do Conselheiro em relação ao mestre alemão não impedirá Dutra de, a respeito de sua obra, afirmar que “*não há, é verdade, a inventiva, um lampejo, uma ousadia qualquer*”¹⁵⁹; o que o permite incluir, sem prejuízo, na regra de falta de arrojo dos sucessores de Teixeira de Freitas e que parece, ao longo do Império, mais um dos “vezos” típico dos juristas brasileiros.

Obras estas, que, muito embora seus próprios autores – como Lafayette o faz – reconhecessem estar ainda muito “presos ao português”, reputavam-se todas resultantes de uma “elaboração científica”¹⁶⁰.

É aqui difícil resistir à tentação de relembrar a ressentida e zombeteira crítica de Lima Barreto à “nobreza escolar” e ao “culto pelo doutorado” da época do Império, de que o personagem Armando Genelício é a caricatura definitiva. Nas palavras do literato¹⁶¹:

No intuito de anunciar aos ministros e diretores que tinha uma erudição superior, de quando em quando desovava nos jornais longos artigos sobre contabilidade pública. Eram meras compilações de bolorentos decretos, salpicadas aqui e ali com citações de autores franceses ou portugueses [...]. De fato, ele estava escrevendo ou mais particularmente: traduzia

¹⁵⁷SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 121.

¹⁵⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. Antonio Joaquim Ribas. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 36-37.

¹⁵⁹DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 85-86.

¹⁶⁰DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992 p. 79 e RUFINO, Almir Gasquez. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 183.

¹⁶¹LIMA BARRETO, Afonso Henrique. *Triste Fim de Policarpo Quaresma*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 53; p.123; p.107-108; p.175.

para o ‘clássico’ um grande artigo sobre ‘Ferimentos por arma de fogo’. O seu último *truc* intelectual era este do clássico. Buscava nisto uma distinção, uma separação intelectual desses meninos que por aí escrevem contos e romances nos jornais. Ele, um sábio, e sobretudo, um doutor, não podia escrever da mesma forma que eles. A sua sabedoria superior e o seu título ‘acadêmico’ não podiam usar da mesma língua, dos mesmos modismos, da mesma sintaxe que estes poetastros e literatecos. Veio-lhe então a idéia do clássico. O processo era simples: escrevia do modo comum, com as palavras e os jeitos de hoje, em seguida invertia as orações, picava o período com vírgulas e substituía incomodar por molestar, ao redor por derredor, isto por esto, quão grande ou tão grande por quamanho, sarapintava tudo de ao invés, em-pós, e assim obtinha o seu estilo clássico que começava a causar admiração aos seus pares e ao público em geral.

Este um panorama, um tanto superficial embora¹⁶², da cultura jurídica brasileira imperial quando do ingresso da mentalidade positivista. Já se nota a ênfase no cientificismo, e as mudanças que o fim do Império e o virar do século trariam não seriam todavia suficientes para modificar certos traços que a Dogmática contemporânea ainda compartilha com a do século XIX – como o “reverencialismo” dirigido aos autores estrangeiros, especialmente os alemães. O prisma lusitano e coimbrão, especialmente resistente no âmbito civilista e processualista, parece ainda iluminar os caracteres mais salientes do “espírito” do Direito Brasileiro.

3.2 Positivismo à brasileira: um caso especial

O ingresso da mentalidade positivista no Brasil¹⁶³ a partir da segunda metade do século XIX foi marcado pela preponderância de Augusto Comte (1798-

¹⁶²Limitamo-nos a um esboço centrado na manualística, em especial obras que versassem, por óbvio, sobre Direito Processual Civil. A dificuldade aqui não reside apenas na complexidade de período em que se instalou na intelectualidade, aquilo que SALDANHA, citando Euclides da Cunha, chama de “algazarra das teorias” SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 120. Reside também na dificuldade de se encontrar hoje obras como a de um PAULA BATISTA, por exemplo.

¹⁶³A presença do “Positivismo Científico”, de linhagem comtista, na América Latina, marcou presença no panorama intelectual sul-americano no intervalo de 1850 a 1920; no entanto, em nenhum lugar ele apresentou os traços únicos, idiossincráticos até, ostentados no Brasil cf. MARTÍ, Oscar. Positivism thought in Latin America. In: *Routledge encyclopedia of philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1CD-ROM. Windows XP. Tradução livre.

1857), filósofo cujas idéias, nas palavras de Clóvis Beviláqua¹⁶⁴, teriam tido muito mais influência em sua obra e época que as de Kant (1724-1804) – recebidas estas, aliás, em geral pela mediação e interpretação que delas faziam os leitores luso-americanos de Krause (1781-1832)¹⁶⁵.

Beviláqua expressa, com sua adesão ao positivismo (e por meio dela), a “*atitude científica característica do século*”¹⁶⁶, marcada por um entusiasmo em relação à Comte¹⁶⁷ pujante ainda quando da redação do projeto do Código Civil (1899-1900), e que Wehling descreverá como um “positivismo difuso”¹⁶⁸, espalhado de forma generalizada na intelectualidade nacional¹⁶⁹.

Conquanto o Comtismo mantivesse, *hic et nunc*, hegemonia dentre os vários tipos de positivismo então fervilhantes na Europa, isto não significou a existência de uma uniformidade intelectual¹⁷⁰:

¹⁶⁴Apud MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5-6. p. 346-347.

¹⁶⁵Dele dirá maldosamente SALDANHA: “o filósofo alemão que teve mais seguidores na península ibérica que em sua pátria” SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 118.

¹⁶⁶Idem. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978, v. 5. p. 15. RODRIGUES irá ao ponto de dizer, inclusive, que é responsabilidade do Positivismo a introdução, no Brasil, do cientificismo RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhisismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982. O que parece um exagero se lembrarmos que, com LALANDE, que o comtismo é, na realidade, uma dependência e uma extensão do temperamento cientificista. LALANDE, André. *Cientificismo. Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 826.

¹⁶⁷Entusiasmo este que, porém, se mitigará com o avançar dos anos no civilista. Diga-se de passagem, a atitude intelectual cambiante será um dos caracteres mais notáveis de BEVILÁQUA, como atesta MARTINS, Wilson. Op. cit., p. 64-69. Anote-se todavia que, “em 1883, Clóvis Beviláqua publicava no Recife um volume sobre a Filosofia Positivista no Brasil”, atestado incontestemente de sua atração e influência na mente do jurista Idem. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5 p. 165.

¹⁶⁸WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial*: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p. 12.

¹⁶⁹SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 239-243. O autor advertirá, porém, que “não se deve, porém, reduzir o pensamento brasileiro, dos vinte anos finais do século XIX, ao positivismo. Nem fazer da idéia republicana no Brasil uma função do comtismo” (Idem, p. 241).

¹⁷⁰Longe disso. Inserida no contexto da propaganda republicana visante à derrubada da monarquia, o positivismo tinha de dividir espaço entre si com suas dissidências, mas com.

O Comtismo ensejou no Brasil duas correntes de pensamento positivista: o Apostolado, cujos arautos foram Miguel Lemos (1854-1917) e Teixeira Mendes (1855-1927) e, em segundo lugar, o positivismo político que por sua vez se subdivide em duas tendências: o positivismo ilustrado e o Castilhismo.¹⁷¹

Descontadas as bizarras manifestações do Apostolado Positivista¹⁷² e as ingenuidades da vertente “ilustrada”, com sua crença na possibilidade de “moralizar a sociedade” e de impulsionar o progresso espiritual do país pelo “reconhecimento passivo, por parte do legislador, das tendências espontâneas da sua respectiva sociedade”, de modo que este avanço viesse “não [...] da legislação, mas da própria estrutura ôntica da sociedade”¹⁷³, sobra o Castilhismo¹⁷⁴, sem dúvida a que maior impacto teve na Histórica política e jurídica do país.

O Castilhismo, doutrina de fundo declaradamente comtista, recebe seu nome do seu principal formulador, Júlio de Castilhos (1860-1903), e

opõe-se, em seus pontos fundamentais, à filosofia política de inspiração liberal, predominante durante o Império. A filosofia política positivista baseia-se no pressuposto de que a sociedade humana caminha inexoravelmente rumo à estruturação racional. Esta convicção e os meios necessários para a sua realização são alcançados mediante o cultivo da ciência social. Ante tal formulação, são possíveis duas alternativas: ou empenhar-se na educação dos espíritos

toda uma panóplia de doutrinas, como arrola SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 248-251

¹⁷¹ RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982. p. 73.

¹⁷² Para uma visão geral, ver A IGREJA Positivista da Rua Benjamin Constant. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701995000300006&lng=en&nrm=iso>. E, ainda, DOMINGUES DA SILVA, Nady Moreira. *Positivismo no Brasil*. Disponível em: <http://cynthia_m_lima.sites.uol.com.br/positi.htm>.

¹⁷³ RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982. p. 75.

¹⁷⁴ Castilhismo que tem semelhanças com o desenvolvimento da tradição positivista latino-americana em outros países, como o México ou o Chile, onde a “ditadura científica”, com tendências “messiânicas” e “todo um embasamento religioso-dogmático” também se manifestou. RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982. p. 20.

para que o regime positivo se instaure como fruto de um esclarecimento, ou simplesmente impor a organização positiva da sociedade por parte da minoria esclarecida.¹⁷⁵

A escolha pela imposição, em detrimento da opção por um projeto pedagógico, não é só o que diferencia o Castilhismo do positivismo ilustrado; a bem da verdade, aquela doutrina política diferencia-se do Comtismo

em virtude de destacar mais decisivamente a presença dominadora do Estado nos diferentes campos da vida social, ao mesmo tempo que cria toda uma infra-estrutura econômica, política e jurídica para perpetuar tal estado de coisas. Em outras palavras, o Castilhismo mostrou-se mais decididamente totalitário que o Comtismo.¹⁷⁶

Não só nas idéias de “progresso” e na defesa de um Estado forte residia a atração do positivismo castilhistas. Também suas idéias antidemocráticas, a noção de “*ditadura científica*” [...] *atraía, ao mesmo tempo, os Tenentes, que não escondiam a intenção de instaurá-la tão cedo quanto possível*¹⁷⁷, e que teriam sua chance de fazê-lo nos anos 1930.

A “ditadura científica”¹⁷⁸ (ou “cientificismo despótico”), interpretação castilhistas do cientificismo positivista, o levaria às últimas consequências, com seu “*culto à ciência como fator de ordem política e social*”¹⁷⁹ caracterizado por três idéias salientes¹⁸⁰:

¹⁷⁵ RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982. p. 12.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982 p. 76.

¹⁷⁷ MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5-6. p. 415-416 e MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5-6. p. 415-416 MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5. p. 16-17.

¹⁷⁸ A derrubada da Monarquia e, em especial, a concentração de poderes nas mãos do Marechal Floriano foram encaradas, igualmente, como eventos tendentes à concretização da idéia de “ditadura científica”. SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 241.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982 p. 77.

¹⁸⁰ Ibidem.

o primado da ciência na consolidação do Estado e na concentração das funções legislativas e de governo no Executivo; a centralização do poder econômico e político no Estado; a tutela moralizadora e racionalizadora do Estado forte sobre a sociedade e a emergência da continuidade administrativa.

Neste contexto, compreende-se o resultante legalismo – que, nas palavras de Saldanha, não é que “uma máscara assumida pelo estatismo”¹⁸¹ – e que deu frutos na abundante produção legislativa e codificante de Getúlio Vargas, responsável por alçar “a experiência castilhistas até o nível nacional”¹⁸².

É interessante anotar que o positivismo de Vargas e Beviláqua, bem distintos entre si, aliás, serviram, no entanto, de inspiração a muitos dos mais importantes monumentos legislativos da História Jurídica brasileira. Do Código Civil de 1916 à Consolidação das Leis Trabalhistas, perpassando três Constituições (as de 1891, de 1934 e 1937) e espalhado por inúmeras leis esparsas ou extravagantes, é difícil argüir – ou concordar com quem argúi – que, no Brasil, o “positivismo jurídico nada tem a ver com outras variantes positivistas”, se for verdade que, pelo menos para uma espécie de positivismo (o legalista, por exemplo), a codificação e a noção de lei são o foco do Direito.

Por outro lado, é notável que o cientificismo, uma das tônicas regentes dos vários positivismos, é encontrado, ainda que em versões inesperadas – como a “ditadura científica” – no interior das correntes positivistas brasileiras.

¹⁸¹ Saldanha, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 57.

¹⁸² RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília: UnB, 1982. p. 77. Frise-se, porém, que o apogeu do Positivismo comtista se dá com a Proclamação da República e a redação da Carta de 1891, sofrendo pesados reveses políticos e intelectuais a partir de então. Suas políticas são tachadas de “excessivamente vagas ou impossíveis de se implementar”, ao passo que a competição com novas doutrinas (marxismo, existencialismo, vitalismo bergsonian) oferecia uma maior riqueza doutrinária e visão mais articuladas. Por volta de 1920, o Positivismo era um “termo de censura”, sua influência maior tendo sido a crença otimista num desenvolvimentismo econômico e na prosperidade, a partir da educação. De certa forma, o Castilhismo acabará sobrevivendo ao Comtismo; Vargas lhe dará uma longevidade inesperada, e, com seu alijamento do poder, em 1945, nunca mais exercerá o mesmo papel, mesmo considerando o retorno de Vargas nos anos 50. Restarão, naturalmente, marcas indeléveis de sua passagem, tanto no plano político como no jurídico (Ibidem, p. 56-57 e 61-64).

Mas o que talvez mais destoe entre o Juspositivismo europeu e as correntes positivistas nacionais talvez seja seu tratamento da História. É sabido que Beviláqua via-a como uma “*ciência concreta, que apresenta a sociedade em marcha para os seus destinos, crescendo e desenvolvendo-se, de acordo com as leis que a sociologia tenta extrair do confuso enovelamento dos fatos.*”¹⁸³

Considerando não só a História como uma ciência, como disciplina cujo estudo seria de importância para a compreensão do fenômeno jurídico, o “Príncipe dos Positivistas brasileiros”, Benjamin Constant, ao propor reforma no ensino jurídico em 1891, institui uma cadeira de História do Direito Nacional¹⁸⁴.

Trata-se de uma singularidade tanto mais conspícua quando se relembra que, pela mesma época, mais exatamente em 1901, a Faculdade de Direito de Coimbra:

Estabelece, “em substituição da cadeira de *Filosofia do Direito*, a cadeira de *Sociologia Geral e Filosofia do Direito*”, já que, na ótica positivista, “o direito é entendido como um conjunto de princípios, que só têm razão de ser quando estão perante factos e, nesse sentido, a *filosofia do direito* devia estar integrada na ordem social sendo a sua função a de explicar o direito a partir dos dados sociológicos e empíricos em que se inscrevia a existência humana.”¹⁸⁵

Isto, à luz do que já foi visto acima, a respeito da relação que a mentalidade positivista, e em especial a juspositivista, tem com a Filosofia do Direito e com a História do Direito¹⁸⁶ é particularmente intrigante – mormente se for lembrado como o pensamento jurídico brasileiro, especificamente o dogmático, dependia, ainda em fins do século XIX, do “prisma lusitano”.

¹⁸³ Apud MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5-6, p. 435.

¹⁸⁴ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 22. Cadeira esta que, todavia, já em 1903 estaria extinta (Idem, p. 24).

¹⁸⁵ LOUREIRO DE SOUSA, Ana Paula. *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005. p. 15.

¹⁸⁶ Capítulo 2.2.

Prossegue ainda Loureiro De Sousa:

Em 1910, com o advento da I República, o positivismo triunfa politicamente na vida portuguesa. Tal facto permitiu uma maior difusão deste pensamento nos domínios culturais, pedagógicos e universitários. Deste modo, um ano mais tarde, sob a influência do positivismo, a Faculdade de Direito de Coimbra, fazendo nova reforma nos planos curriculares, e recusando a existência do direito natural e de princípios transcendentais ao direito e à justiça, aboliu a cadeira de *Filosofia e Sociologia do Direito*, substituindo-a por uma *Teoria Geral do Direito*. Quando em 1913 se criou a Faculdade de Estudos Sociais e de Direito, em Lisboa, também não constava do seu programa curricular a cadeira de *Filosofia e Sociologia do Direito*. Porém, o pensamento filosófico não foi desvalorizado somente ao nível jurídico, do mesmo modo das Faculdades de Letras a disciplina de *Filosofia* foi integrada na cadeira de *Ciências Histórico-Filosóficas* [...] Este é o apogeu do positivismo em Portugal.¹⁸⁷

Foge ao âmbito deste trabalho responder a tal indagação; parece possível, porém, aludir ao “vezo” próprio que, a partir do Império, desenvolveu a inteligência jurídico-dogmática brasileira, um *habitus* que pouco tem a ver com a mera aversão à interdisciplinaridade, como formula originalmente Saldanha, e talvez alguma relação com o que diz Holanda¹⁸⁸:

É freqüente, entre os brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais díspares. Basta que tais doutrinas e convicções se possam impor à imaginação por uma roupagem vistosa, palavras bonitas ou argumentos sedutores. A contradição que porventura possa existir entre elas parece-lhes tão pouco chocante, que alguns se alarmariam e se revoltariam sinceramente quando não achássemos legítima sua capacidade de aceitá-las com o mesmo entusiasmo.

¹⁸⁷ LOUREIRO DE SOUSA, Ana Paula. *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005. p. 16.

¹⁸⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995. p. 155.

3.3 Manualistas contemporâneos

3.3.1 Humberto Theodoro Júnior

Tudo o que agora foi dito pode, finalmente, ser submetido ao confronto com os Manualistas contemporâneos, em especial, os que versam sobre Direito Processual Civil¹⁸⁹. Inicie-se a análise com uma leitura de um dos mais prestigiados doutrinadores da atualidade, Humberto Theodoro. Este autor é, ao seu modo, a expressão sintomática da visão manualista-processualista da História do Direito.

Sua exposição histórica cita apenas quatro obras ao longo do mesmo número de páginas, nas quais se percorrem dois milênios de História. Nenhuma das obras mencionadas pelo autor, aliás, é de História ou mesmo de História do Direito.

Chama a atenção, logo a princípio, a seguinte afirmação:

Foi, sem dúvida, a partir do mundo clássico greco-romano que o direito processual civil passou a ganhar foros científicos, desvinculando-se de preconceitos religiosos e superstições.¹⁹⁰

Numa tacada, percebem-se elementos típicos do Juspositivismo¹⁹¹, quais sejam: o cientificismo; o revisionismo direcionado da História; a ignorância a respeito da mesma.

Não é possível, por mais romanista que se seja, concordar com a afirmação da existência, à época de Gaio e Ulpiano, de um ramo do conhecimento jurídico dotado dos mesmos atributos que, atualmente, concedemos ao “direito processual civil”, senão, no máximo, num sentido metafórico e que envolva a projeção de noções contemporâneas ao passado.

¹⁸⁹ Os processualistas em análise foram retirados da bibliografia básica do “Programa de Disciplina” das primeiras cadeiras de Direito Processual do UniCEUB, em especial de “Teoria Geral do Processo” e “Direito Processual I”.

¹⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9.

¹⁹¹ Vejam-se os capítulos 2.1 e 2.2.

Tanto menos possível é concordar com a atribuição de um elemento caracteristicamente moderno – o elemento “científico” do direito processual – a este (hipotético) ramo jurídico, quando é sabido que a idéia de “Ciência Jurídica” como decerto Theodoro Júnior a vê, é conceito cujas origens fixam-se na modernidade.

Muito contribui para a continuidade desta noção a sinonímia existente entre o termo vernáculo e seu ancestral latino, aquela velha “scientia” de que fala o *Corpus Iuris Ciuilis*¹⁹². Sinonímia apenas aparente, frise-se, já que, por debaixo da “continuidade terminológica” dos conceitos ou princípios jurídicos, “existem rupturas decisivas no seu significado semântico”, havendo uma “descontinuidade radical na profundidade do sentido”, como adverte Hespanha¹⁹³.

E essa “descontinuidade” independe da amplitude dada a este vago e indefinido espaço geográfico, cultural e cronológico chamado de “período clássico greco-romano”.

O anacronismo contido na frase falseia e esclarece ao mesmo tempo. Por um lado atribui-se uma característica tipicamente moderna – a cientificidade – a uma época e a um tipo de saber que não permitem tais adjetivações. Por outro, se expõe a percepção visivelmente positiva, oriunda do senso comum, sobre o “mundo clássico greco-romano”. Esta percepção denota a intenção, implícita mas incontestável, de se pressupor como positivo, avançado, sofisticado e ao mesmo tempo tradicional e antigo todo instituto cujas origens puderem ser retraçadas à Antiguidade. O “mundo clássico” se transmuta, assim, de período histórico em um recurso retórico: converte-se numa espécie de topói; num lugar-comum.

A compreensão desta sutil metamorfose, que transforma enunciados históricos em instrumentos retóricos, tornará possível a compreensão das várias anomalias que permeiam não só as lições deste doutrinador.

¹⁹²Instit., I, I, §1º.

¹⁹³HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 26-27.

Reafirmando a existência de uma “*época clássica*”¹⁹⁴, Theodoro Júnior lhe atribui o mérito de ter sido o tempo no qual o juramento pessoal perdera prestígio como modalidade de prova. Nesta mesma época se teria consolidado o “*respeito à livre apreciação da prova pelo julgador, que exercia uma crítica lógica e racional, sem se ater a valorações legais prévias em torno de determinadas espécies de prova.*”¹⁹⁵

Esta descrição de uma “época clássica”, que o doutrinador não delimita em nenhum momento, dá azo às mais variadas críticas. É certo, por exemplo, que Homero é um autor “clássico”, no sentido de ter elaborado uma obra considerada canônica no Ocidente, que fora também, em seu tempo, um elemento fundamental da *Paidéia*¹⁹⁶. É também o poeta um “clássico” no sentido de ter escrito – ignoremos aqui a questão acadêmica envolvendo a existência mesmo de um Homero – numa época e numa língua também habitualmente chamadas “clássicas”. E, no entanto, mesmo sendo indubitavelmente clássica, há na *Ilíada* um famoso registro da prática do juramento¹⁹⁷. Este juramento, aliás, foi decisivo na solução da querela.

Consideremos, igualmente, outra obra indubitavelmente “clássica”: as *Institutas* de Gaio, posteriormente aproveitadas por Justiniano. Nelas se encontra a menção a uma peculiaridade do Direito Romano que dificilmente se consideraria “lógica e razoável” sob critérios atuais: cuida-se da vedação de que as mulheres compareçam diante da justiça, mesmo que para atuar como testemunhas¹⁹⁸.

A remissão feita a duas obras que poderiam ser encaradas como antípodas da cultura clássica não foi casual; serve para demonstrar o abismo contido na expressão “época clássica”. De igual maneira, a discutível aplicação dos conceitos

¹⁹⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 09.

¹⁹⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 09.

¹⁹⁶JAEGGER, Werner Wilhelm. *Paidéia: a formação do homem grego*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes. p. 43-57.

¹⁹⁷Cuida-se de um trecho especialmente célebre pelo comentário tecido por FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2001. p. 30-32.

¹⁹⁸Apud COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*. São Paulo: M. Claret, 2005. p. 100.

hodiernos de “lógica e razoabilidade” ao passado é posta em evidência. Novamente, mais do que descrever um período histórico, o doutrinador parece, ao contrário, conferir a determinados institutos jurídico-processuais contemporâneos (livre apreciação da prova; uso de critérios lógicos; ausência de valoração legal prévia da prova) o lustro de uma antiga e irrefutável tradição, remetendo sua origem a um indeterminado tempo “clássico” – na verdade, a um ideal de classicismo.

Neste sentido, as aparentes contradições em que se perde o doutrinador perdem alguma relevância: os trechos analisados não devem ser visto como uma narrativa histórica, mas como trecho de retórica voltado à legitimação da ordem jurídica vigente. O que, todavia, não é um argumento para que se atenuem as críticas que podem ser-lhe dirigidas.

Theodoro Júnior, a despeito do que comentara poucas linhas antes acerca da “racionalidade” do processo judicial da “época clássica”, comenta que *“muito pouco [...] se sabe a respeito do processo grego”*. Para frisar seu argumento, menciona, *en passant* e sem indigitar sequer um trecho para posterior conferência, a *Retórica* de Aristóteles, imputando-lhe a afirmação de que *“em matéria de prova predominavam princípios elevados, que faziam classificar os meios de convicção como lógicos e alheios a preconceitos religiosos e outros fanatismos.”*¹⁹⁹

Ora, se muito pouco se sabe sobre o processo grego – e há razão nisto, admita-se²⁰⁰ – então como é possível afirmar peremptoriamente suas “qualidades lógicas”? É certo que tanto gregos quanto romanos utilizavam critérios de decisão política e judicial distintos das ordálias e das provas corporais; no entanto, isto não significa, necessariamente, uma “laicização” ou uma “racionalização”, de suas práticas, e tanto menos no sentido que lhes dá o doutrinador. Não é inadequado

¹⁹⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 09. A citação sem menção clara às fontes é um erro crasso. Fosse aluno no UniCEUB, THEODORO JÚNIOR talvez não fosse aprovado na cadeira Monografia I.

²⁰⁰GILISSEN diz o seguinte a respeito: “Nunca houve leis aplicáveis a todos os gregos; no máximo, alguns costumes comuns. Na realidade, conhece-se mal a evolução do direito da maior parte das cidades; apenas Atenas deixou traços suficientes para permitir conhecer os estádios sucessivos da evolução do seu direito” GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 73.

mencionar, aliás, que Aristóteles, ao fim de sua vida, teve de se fugir de Atenas para evitar uma condenação certa no bojo de uma acusação de impiedade religiosa levantada por seus inimigos políticos²⁰¹. Diga-se por fim que o “fanatismo religioso”, longe de ser algo típico do paganismo politeísta latino ou grego parece ter sido inventado, pelo menos no Ocidente, pelo cristianismo²⁰².

As evidências se acumulam, portanto, para sugerir que a História apresentada na obra do doutrinador está principalmente contribuindo “*para legitimar o direito estabelecido*.”²⁰³ Esta “História” seria pouco mais que um processo evolutivo e linear, a justificar a ordem jurídica atual afirmando-a como o pináculo de uma multimilenar marcha ascendente.

Do contrário, seria difícil compreender trechos como o seguinte: “*O processo romano [...] em sua fase primitiva tratava o juiz como um árbitro, que decidia com critério pessoal, em tudo o que a lei não previa solução específica*.”²⁰⁴ De que período se está a falar? Qualquer período histórico pode ser tachado de “primitivo” pelos homens que vivem em épocas posteriores. Assim também poderia ser adjetivado o período das *legis actiones*, se comparado à época do processo formulário. E este, idem, se posto em paralelo ao período da *extraordinaria cognitio*. De resto, se supõe que o magistrado romano, atuando como “árbitro” seguiria o princípio da legalidade em suas decisões, apenas excepcionalmente suprindo-lhe as lacunas. A assertiva é tão inexata, do ponto de vista histórico, como afirmar o uso de armas de fogo pelas legiões. Em Roma, não se conhece “*a separação dos poderes, cara a Montesquieu*. O magistrado possui com certeza poderes executivos, mas é igualmente juiz

²⁰¹ ABRÃO, Baby. Vida e obra. In: *Os Pensadores: Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 9.

²⁰² Conta-nos BROWN, Peter. *O fim do mundo clássico: de Marco Aurélio a Maomé*. Lisboa: Verbo, 1972. p. 110, da existência, por volta do fim do século IV d.C., de “um grupo de vigilantes monásticos” que “percorrem as cidades do Alto Egito e invadem as casas dos pagãos notáveis, em busca de ídolos.” Nem se mencionem, a respeito, o linchamento de Hypatia e a destruição do Serapeum, que o autor menciona como fatos notórios, para concluir: “O paganismo é, assim, violentamente demolido a partir de baixo. Para os pagãos, intimidados por esta vaga de terrorismo, é o fim do mundo.”

²⁰³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005. p. 22.

²⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

*e legislador.*²⁰⁵ Não é difícil perceber, mais uma vez, nos trechos já citados, a projeção à antiguidade de atributos processuais contemporâneos. Se alguma dúvida ainda restar, leia-se o trecho abaixo:

Logo, no entanto, se admitiu que a tarefa do julgador era uma função derivada da soberania do Estado e o processo passou a ser tido como um instrumento de certeza e de paz indispensável, tendo a sentença valor unicamente perante as partes da relação processual e devendo fundar-se apenas nas provas produzidas.²⁰⁶

De que época está a falar o doutrinador? Não se sabe mais ao certo. Além de usar conceitos e categorias modernas ou estranhas ao direito romano (Soberania, Estado²⁰⁷) referindo-se a fenômenos históricos, chega a uma conclusão altamente discutível acerca do *modus operandi* e da finalidade do “processo judicial romano”.

A bem da verdade, aquela descrição valeria para o direito brasileiro contemporâneo – ou melhor, valeria para a visão idealizada do direito pátrio, ou seja, para como o autor entende que ele deveria ser –, e não para o direito romano.

A melhor comprovação das intenções do dogmata em vista talvez seja a quase absoluta ausência de fontes. Ao falar das fases evolutivas do Direito romano, o doutrinador afirma o seguinte²⁰⁸:

A evolução do Direito Processual romano deu-se através de três fases que foram sintetizadas por Sérgio Bermudes, com rara felicidade, aproximadamente nos termos que seguem: Período Primitivo [...] Período Formulário [...] Fase da *cognitio extraordinaria*.

²⁰⁵ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível? os agentes do poder na urbe romana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 129.

²⁰⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

²⁰⁷São termos cuja existência de ancestrais semelhantes (por exemplo, arbiter para árbitro) contribui para a sua polissemia e equivocidade, e que, como se comentou na nota de rodapé 11, no capítulo 1, sobre “Estado”, não podem referir-se a épocas históricas e culturais alheias sem reservas.

²⁰⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10-11.

É possível inferir que atribui Theodoro Júnior a Sérgio Bermudes – este também, como ele, um processualista, e não um romanista ou sequer um historiador do direito – a autoria da divisão tradicional do Direito Romano em três fases.

Em Alves²⁰⁹, por exemplo, encontra-se, em primeiro lugar, uma divisão histórico-política das várias fases da evolução do direito de Roma, para depois ser exposta a distinção tripartite, mais adiante no mesmo volume²¹⁰. Embora a tripartição da história processual romana não seja uma criação dos processualistas, sua menção parece ser uma mania típica deles.

Ao dissertar sobre essas três notórias fases, Theodoro Júnior afirma que, já no período formulário “*havia intervenção de advogados, e os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes eram observados*”; ao passo que a sentença, “*embora proferida por árbitros privados, tinha sua observância imposta pelo Estado às partes*”²¹¹: estas assertivas, novamente, estão entre a incorreção e o anacronismo.

Ao contrário, existem bons motivos para crer que o que na realidade ocorria em Roma era bem o contrário, segundo Rouland²¹²:

Numa primeira fase [do processo civil], chamada ‘determinação do direito’ (*in iure*), as partes apresentam-se diante do magistrado e expõem as suas pretensões. O magistrado distribui as demandas segundo a área jurídica a que pertencem, determina o tipo de procedimento segundo o qual o assunto vai ser julgado, e ao término desse processo concede às partes uma ‘ação’, isto é, permite-lhes apresentarem-se diante de um juiz, a ser nomeado por ele. Já nesse nível há o risco de arbítrio: o magistrado tem toda a liberdade de decidir qual o tipo de ação que no caso será

²⁰⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 68 e passim.

²¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 182-183.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10-11.

²¹² ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível? os agentes do poder na urbe romana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 200.

concedida, podendo inclusive recusar-se a dar andamento ao processo. [...] O juiz é escolhido pelo magistrado dentre uma lista de cidadãos. Este será um *vir bonus*, um ‘homem de bem’, isto é, um homem estimado, conhecido e rico. Essas qualidades são consideradas necessárias para que ele execute uma boa justiça.

Ora, o magistrado, que designa um juiz específico para a lide, agia com grande discricionariedade, e não de acordo com “a lei”²¹³. De forma semelhante age o *iudex*; e “a parte vitoriosa, para ver executada a sentença, não tem como recorrer à força pública – esta não existe”²¹⁴: o processo judicial romano reconhece apenas o “direito de ação” dos querelantes; o vencedor poderia, a partir daí, legitimamente valer-se de seus próprios meios para ver realizado o seu direito material. O “processo judicial romano” concedia, assim, a um particular, o vencedor, licença para penetrar diretamente na esfera privada da parte perdedora.

A ausência de uma força estatal é reflexo direto do grande poder e riqueza de que eram dotadas as tradicionais famílias romanas, as quais poderiam, sem óbices, manter “*milícias particulares*”²¹⁵, utilizáveis para, por exemplo, fazer cumprir uma ordem judicial. A patronagem destas famílias, exercida mediante laços de clientelismo, é um elemento da sociedade e da política romanas sem o qual não se pode compreender o direito romano²¹⁶:

Compreende-se também, por fim, que a assistência judiciária devida pelos patrícios seja considerada pelos clientes como o mais forte motivo que os leva a entrar no esquema de clientela. Esse dever de patronato é um aspecto que se mantém com o mais nítido vigor ao longo dos séculos de história romana. Prova disso é que, malgrado as diversas reformas legislativas e as sucessivas conquistas da plebe, a justiça em Roma permanecerá sempre, em grande parte, nas mãos dos poderosos.

²¹³Para uma visão detalhada das atividades do Praetor, vide LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito*. Instituições Jurídicas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 163-176.

²¹⁴ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível? os agentes do poder na urbe romana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 201.

²¹⁵ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível? os agentes do poder na urbe romana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 182.

²¹⁶*Ibidem*, p. 52.

E nem se mencione o fato de que o processo judicial romano é, não raro, dotado de forte carga política²¹⁷, além de flagelado por uma notória e sistemática corrupção²¹⁸. Além disso²¹⁹:

no período republicano, os juízes são ou simples cidadãos ou magistrados indicados especialmente, homens mais políticos que juristas; quanto aos advogados, veremos que ainda numa época tão tardia quanto o fim da República, Cícero os censurava duramente por não entenderem nada do direito e por tratarem das causas mais como oradores.

O completo descompasso entre as assertivas doutrinárias e a realidade histórica concede substância à tese de que a obra doutrinária contém apenas ideologia – já que dotada de um “programa de ação” tendente a convencer o leitor da perfeição da ordem jurídica vigente – travestida de história.

Assim, a projeção de conceitos e institutos jurídicos contemporâneos sobre a Antigüidade serve para lhes dar um ar de tradição e de acabamento, como se a atualidade fosse o resultado da evolução do passado. Por outro lado, a atribuição de caracteres tidos por negativos a outras épocas históricas – em especial, à Idade Média – também enaltece, por vias oblíquas, este mesmo presente.

É assim que o doutrinador entende que “os germânicos, também chamados bárbaros” eram dotados de “noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana”. Isto se dá graças à adoção de “absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízos de Deus”, os “duelos judiciais” e as “ordálias”²²⁰. O resultado foi a criação do “Processo Bárbaro”, que era²²¹:

²¹⁷ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível? os agentes do poder na urbe romana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 205.

²¹⁸*Ibidem*, p. 199-200.

²¹⁹ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível? os agentes do poder na urbe romana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 50.

²²⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

²²¹*Ibidem*, p. 11.

extremamente rígido (formal), e os meios de prova eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao juiz, que tão-somente verificava a existência da prova. O valor de cada prova e a sua consequência para o pleito já vinham expressamente determinados pelo direito positivo. A prova, portanto, deixara de ser o meio de convencer o juiz da realidade dos fatos para transformar-se num meio rígido de fixação da própria sentença. O juiz apenas reconhecia sua existência.

Fica-se com a impressão de que a Germânia é a pátria de todos os bárbaros que “derrubaram” Roma. Seu processo judicial, o “processo bárbaro” é “rudimentar”, representa um “retrocesso”, e adota práticas “absurdas”. É “formal”; nele impera a valoração legal da prova; o juiz não goza de qualquer liberdade; não há, portanto, lógica ou racionalidade. É o oposto da perfeição do direito romano, que ele veio a suceder cronologicamente.

Apenas compreendendo-se o uso da História como recurso retórico e legitimador pode-se explicar como este catálogo de bizarrices obteve livre-conduto para percorrer os angustos corredores da Dogmática. Ela atua tecendo elogios oblíquos ao sistema processual vigente pela coloração exagerada, quase expressionista, de um lado, dos vícios “germânicos” que ele não possui – ou não deveria possuir –, e do outro, e das virtudes “romanas” que ele deveria possuir.

Além de legitimar a ordem jurídica vigente, servem as linhas “históricas” dos textos da obra em análise a justificar uma postura eminentemente política, como se vê na conclusão do capítulo introdutório de Theodoro Júnior²²²:

O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares.

Daí a concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, para produção e valoração das provas e para imprimir maior celeridade e dinamismo aos atos processuais.

²²²THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 12.

A marcha da História, para o dogmata, parece ao fim rumar para a meta de que todo o poder seja concedido aos juízes.

Tudo somado, o autor dedica ainda duas páginas²²³ de seu capítulo histórico a uma apertada narrativa do meio milênio de História do Direito brasileiro, antes de adentrar o Direito Positivo atual. A seguir se verá que o Theodoro Júnior não é voz isolada em suas posturas e práticas.

3.3.2 José Eduardo Carneira Alvim

Este doutrinador, que até bem pouco tempo gozava de enorme prestígio entre os processualistas, acabou tendo sua reputação abalada por fatores, digamos, metajurídicos. Também ele adota a praxe rotineira de dedicar uma parte inicial de sua obra para dissertações históricas.

Carneira Alvim principia da seguinte forma sua exposição²²⁴:

Nos primórdios da humanidade, aquele que pretendesse determinado bem da vida, e encontrasse obstáculos à realização da própria pretensão, tratava de removê-lo pelos seus próprios meios, afastando os que se opunham ao gozo daquele bem. Imperava a lei do mais forte, em que o conflito era resolvido pelos próprios indivíduos (isoladamente ou em grupo).

Nessa época, não se tinha ainda uma noção clara da individualidade da culpa, de modo que o ataque a um membro de determinada tribo era considerado uma agressão à tribo inteira, e vice-versa. Por isso, provocava uma reação em massa da tribo agredida, que procurava impor uma sanção à tribo agressora, aprisionando seus integrantes, matando-os, ou reduzindo-os à condição de escravos.

Por revelar-se uma solução ‘egoísta’ (dos litígios), em que a satisfação da necessidade dos sujeitos não interessa à do outro sujeito, os Estados modernos geralmente a proibem,

²²³ *Ibidem*, p. 13-14.

²²⁴ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

consentindo-a em casos excepcionais e, mesmo assim, tornando necessário um processo ulterior, justamente para declarar a licitude da mesma no caso concreto.

Tais assertivas padecem do anacronismo e do anatopismo típicos das afirmações pseudo-históricas doutrinárias: não se fixam as fronteiras geográficas e cronológicas do cenário descrito. O resultado é a sugestão de sua universalidade.

Salta à vista o uso do vocábulo “tribo”, que serve a enfatizar o caráter primitivo dos tempos, e a explicação dada para o abandono da “lei do mais forte” que regia as relações interpessoais desta prisca era: abandonou-se-lhe por ser “egoísta”.

De plano já se notam as semelhanças com o texto de Theodoro Júnior: a descrição em cores fortes de um vago período histórico; a ausência de afirmações objetivas que permitam discernir a época e o local descritos; o evidente teor ideológico e valorativo.

Carreira Alvim deixa clara, em trecho subsequente, a visão linear e progressista que possui da História²²⁵:

À medida que os homens foram compreendendo que os bens, pela sua importância e limitação, e pela sua quantidade e qualidade, não justificavam uma disputa, com riscos de perder tudo, o bom senso e a razão passaram a ocupar o lugar da força bruta, ocorrendo uma evolução para aquela forma de resolução dos conflitos denominada ‘autocomposição’.

Os homens “tribais” e primitivos demonstraram, assim, considerável sabedoria. “Evoluíram”, abandonando o método “egoísta” da autodefesa, e adotando a autocomposição. O aspecto positivo que se tenciona dar a esta “evolução” é ressaltado pelo fato deste novo “estágio” ser adjetivado de “*altruísta*”. Tanto é verdade que: “a autocomposição não desapareceu dos ordenamentos jurídicos modernos, sendo consentida e até estimulada em muitos casos.”²²⁶

²²⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

²²⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 14.

O caráter não primitivo da autocomposição é comprovado pela sua utilização hodierna; assim, por vias reflexas e indiretas, se dirige à ordem jurídica contemporânea um sutil elogio. Mas este não é o fim da evolução²²⁷:

Com o evoluir dos tempos, os homens compreenderam a excelência de um outro método, segundo o qual a solução dos conflitos era entregue a terceira pessoa, desinteressada do objeto da disputa entre os contendores, surgindo, então, a arbitragem facultativa, em tudo superior aos métodos anteriores. Primeiramente, a arbitragem foi exercida pelos sacerdotes, pois acreditava-se (sic), devido à formação místico-religiosa desses povos, que eles tinham ligações com os deuses e a sua decisão era a manifestação viva da vontade divina; depois, a solução dos conflitos passou a ser entregue aos membros mais idosos do grupo social (anciãos), na crença de que, conhecendo eles os costumes de seus antepassados, estavam em melhores condições de decidir o conflito.

Tais institutos, a que se atribui *status* de realidade histórica, são na verdade apenas categorias hipotéticas e não mais do que isto, baseadas em verdade nas modalidades contemporâneas de resolução de controvérsias. Estas não são resultado de uma evolução tal como se quer fazer crer; ao contrário, a “evolução” é resultado de uma derivação valorativa nelas inspirada. O objetivo da valoração é, evidentemente, reputar como o “melhor” e “mais evoluído” o método judicial.

A lenta, exaustiva, sinuosa, ziguezagueante e obscura História do conflito e de sua resolução é aqui reduzida à uma fábula; a arbitragem, tida como “*em tudo superior aos métodos anteriores*”, é a modalidade mais próxima da atividade judicante atual²²⁸:

De facultativa, a arbitragem, pelas vantagens que oferece, torna-se obrigatória, e, com o arbitramento obrigatório, surge o processo, como última etapa na evolução dos métodos compositivos do litígio.

²²⁷ Ibidem, p. 16-17.

²²⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

É assim, quase naturalmente, que se chega ao “arbitramento obrigatório”: idéia acolhida voluntariamente, pelas enormes “vantagens”, dela decorrentes. Daí, para a jurisdição obrigatória, falta pouco²²⁹:

Abstratamente considerado, o processo aparece como o melhor método para se resolver litígios, pela *nota de imparcialidade* que o caracteriza e pela força que se empresta às decisões nele proferidas, respaldadas pelo mecanismo coativo do Estado; seu funcionamento, *in concreto*, na maioria dos países, é objeto de severas críticas.

O processo se apresenta como meio que *maiores probabilidades* oferece de uma resolução justa e pacífica dos litígios, porque o conflito é resolvido por um terceiro sujeito, a ele estranho, segundo determinadas regras.

Para que o processo produza resultados é preciso que esse terceiro imparcial que decide o conflito seja mais forte do que as partes litigantes, para que possa impor a sua vontade, coativamente, frente a qualquer intuito de desobediência ou descumprimento por parte dos contendores. Compreende-se, pois, que este terceiro seja o Estado.

Embora o doutrinador mencione que “o processo” não é uma unanimidade, a narrativa culmina tecendo loas à jurisdição. Este desenvolvimento, que nada tem de natural, e está longe de ser o resultado último e necessário de uma longa série linear de tentativas e erros, é apresentado como se assim fosse.

Carreira Alvim irá falar ainda, após esboçar a tese da progressão natural do direito, da existência de três tipos de processo: o romano, o germânico e o comum medieval²³⁰:

O processo já era praticado em Roma, segundo ritos que satisfaziam plenamente aos ideais de justiça da época (dar a cada um o que é seu), quando ocorreu a queda do Império Romano do Ocidente, invadido pelos bárbaros, povos vindos do norte, possuidores de uma cultura ainda primitiva, provocando um verdadeiro choque entre dois métodos completamente diferentes de se fazer justiça. De um lado, o processo romano, altamente aprimorado e, de outro, o germânico, um processo rudimentar de fundo místico-religioso. Os invasores, como

²²⁹ Ibidem, p. 18.

²³⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27-28.

não poderia deixar de ser, procuraram impor aos vencidos o seu método de resolução dos conflitos, infinitamente inferior ao processo romano, que, contudo, continuou resistindo ao desaparecimento. Houve época, inclusive, em que esses dois tipos de processo chegaram a conviver, sobretudo pelos esforços da Igreja, preocupada com a manutenção das instituições romanas (direito romano-canônico).

Com a criação das Universidades, a primeira das quais a de Bolonha (séc. XI da nossa Era), surgiu a escola dos glosadores e, posteriormente, a dos pós glosadores, que muito se preocuparam com o estudo do direito romano, procurando adaptá-lo às necessidades do seu tempo. Em consequência desses estudos, surgiu um tipo de processo denominado processo comum medieval, de fundo romano-canônico, mas impregnado de elementos germânicos e de novos institutos espontaneamente formados pelo uso.

O que se vê aqui é, em sua maior parte, uma glosa do exposto por Theodoro Júnior. A mesma visão sinóptica, cheia de clichês, da história romana (Theodoro, como visto, também crê que os bárbaros invasores são todos procedentes da Germânia²³¹), que ignora completamente as nuances e as complexidades das relações entre bárbaros e romanos na Antigüidade Tardia²³².

Nem se mencione, por horrorosa, a tese do autor segundo a qual o direito canônico é resultado de uma mistura do direito romano com o bárbaro administrado pela Igreja Católica, ou a apertadíssima síntese das origens do direito comum.

A filiação de Carreira Alvim ao partido de Theodoro Júnior, porém, torna-se mais clara nestes trechos²³³:

²³¹ Sobre o tema, LOT: “Estes bárbaros pertencem às mais diversas raças, incluindo na Europa, Germanos, Iranianos (Sármatas, Iáziges), Escotos e Pictos, estes nas ilhas Britânicas, e, mais tarde, Esclavos; em África, temos ainda os Mouros e os Nubianos. Na Ásia, o Irão (os Persas) representa uma cultura rival da civilização greco-latina e não uma barbárie” LOT, Ferdinand. *O fim do mundo antigo e o princípio da idade média*. Lisboa: Edições 70, 1985. p. 171.

²³² Uma sintética introdução à situação social, política e cultural na Itália ao tempo do reinado do Rei godo Teodorico (454-526) cf. FUMAROLI, Marc. Prefácio. In: BOÉCIO. *A Consolação da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 7-18.

²³³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28-29.

O escopo do processo romano consistia na autuação da vontade da lei em relação a um determinado bem da vida (*res in iudicium deducta*). A vontade da lei, entendida como um *comunae praeceptum*, é uma entidade superior que impera sobre o magistrado como o magistrado impera sobre o povo. O magistrado está entre o povo e a lei; ele é a *vox legis*. A finalidade do processo é a atuação da lei.

No processo germânico, enfraquecida a idéia de Estado e da lei como expressão da sua vontade, o processo apresenta-se como meio de pacificação social, pela pacificação dos litigantes. O processo era encaminhado, menos a decidir do que a dirimir as contendas, fazendo depender a solução delas, não do convencimento do juiz, mas do resultado de certas experiências (juízos de Deus). O fim do processo é obter a conciliação dos litigantes, através, inclusive, da reparação do dano.

A refutação destas afirmações já foi feita acima, quando se analisou o texto do primeiro doutrinador. Como acréscimo pessoal, Carreira Alvim menciona, como finalidade do processo germânico, a pacificação social dos litigantes. Sua visão deste processo de povos “primitivos” é, portanto, levemente menos sombria que a de Theodoro Júnior. Bem diferente, por exemplo, é a visão de Foucault, para quem o processo germânico é²³⁴:

Uma espécie de guerra particular [...], a ritualização dessa luta entre os indivíduos. O Direito Germânico não opõe a guerra à justiça, não identifica justiça e paz. Mas, ao contrário, supõe que o direito não seja diferente de uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra.

Acerca do papel do juiz no processo romano, afirmará ainda Carreira Alvim que²³⁵:

o magistrado exerce uma função pública (*iurisdictio*). *Iurisdictio* é o poder público oriundo da soberania e

²³⁴FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2001. p. 56.

²³⁵CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 30.

indelegável, a não ser em casos expressamente indicados nas fontes, como quando o pretor (pretor era o magistrado romano) parte para a guerra. Tomar conhecimento dos fatos e submetê-los ao crivo da lei, era a função do juiz. [...] ao juiz romano, repugnava julgar segundo critérios formais pré-estabelecidos, convencionais, preferindo fazê-lo pela observação dos fatos.

Carreira Alvim parece desconhecer o fato de que a pretura era apenas uma dentre as várias magistraturas romanas (magistrado sendo todo aquele que exerce cargo ou função pública), inseridas no *cursus honorum*; outros exemplos seriam o consulado, a censura ou a *qüestura*.

Como em Theodoro Júnior, o que se vê é uma interpretação do presente a partir do passado; ou melhor, a criação de um passado com base no presente. É assim que o doutrinador, ao falar em oralidade no processo romano, esboça aqueles quatro elementos de “*imediação*”, “*identidade do juiz*”, “*concentração*”, “*oralidade*”, e “*publicidade*” que definem a oralidade contemporânea²³⁶, ao passo que, visando o processo germânico, dirá apenas que este “*também era oral, explicada, contudo, a oralidade não por causas íntimas (como o romano), mas por causas exteriores: a ignorância da escrita; eram analfabetos.*”²³⁷

A transcrição desta afirmação é adequada para encerrar a parte dedicada a Carreira Alvim.

3.3.3 Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco

Os dois autores mencionados – Theodoro Júnior e Carreira Alvim – são porta-vozes autorizados de vários dos atributos que compõem a noção Manualista da História do Direito no âmbito do Direito Processual Civil. Como se verá,

²³⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31.

²³⁷ *Ibidem*, p. 32.

esta concepção dificilmente abandona as bitolas pelas quais transitam estes autores. A bem da verdade, ambos são bem representativos de um “senso comum” compartilhado por muitos outros doutrinadores.

Em Cintra, Grinover e Dinamarco se vê a já familiar noção de evolução das formas de resolução de conflitos, “*da autotutela à jurisdição*”²³⁸, narrada de forma vaga (iniciando-se numa menção as “*fases primitivas da civilização dos povos*”²³⁹, etc.), antes de se iniciar a costumeira torrente de menções à Roma²⁴⁰:

A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até ao século II a.C., sendo dessa época a Lei das XII Tábuas), já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante um *pretor*, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; [...] compromisso necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado [...] nos negócios de alguém contra a vontade do interessado.

A projeção ao passado de noções contemporâneas, a visão linear e progressiva da História, o falseamento da própria narrativa – sempre destituída de quaisquer fontes específicas²⁴¹ –, e, especialmente, a reafirmação do *status* mítico de determinados eventos do Direito Romano, como a Lei das XII Tábuas²⁴².

²³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-24.

²³⁹ Ibidem, p. 23.

²⁴⁰ Ibidem, p. 24.

²⁴¹ Quando muito, cita-se a obra de ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

²⁴² Para uma visão clara, inclusive dos problemas concernentes à recuperação do texto da Lei e às suas limitações, MONTENEGRO, Artur. *A Conquista do direito na sociedade romana*. Lisboa: Livraria Arco-íris, p. 50-53.

As menções de praxe às fases do processo formulário, da *ordo judiciorum privatorum* e da *cognitio extra ordinem* estão concentradas em parcos parágrafos²⁴³. Sobre esta última, é tecida o seguinte comentário²⁴⁴:

Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a *justiça pública*: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*.

A impressão que fica da leitura do “ciclo histórico” de Cintra, Grinover e Dinamarco é a seguinte: que a jurisdição, a resolução estatal obrigatória dos conflitos, é o resultado de uma marcha que se inicia e se completa em Roma; seus resultados, perfeitos e acabados, caem do céu, ou melhor, do Panteão romano diretamente no colo dos operadores do Direito e processualistas pátrios.

A função evidentemente legitimadora destes exemplos de retórica disfarçados de História se vê também na afirmação constante de uma vaga e indefinida – mas altamente positiva – cientificidade do saber processual²⁴⁵.

3.3.4 Cândido Rangel Dinamarco

Na obra solo de Dinamarco, embora notável pela ausência das estranhas “romances” vistas nos autores analisados, se percebem ainda os elementos da função legitimadora que preside àquelas quando se menciona a cientificidade do saber jurídico²⁴⁶:

²⁴³ Para ser mais exato, em quatro. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24-25.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 25.

²⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 44-47.

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v. p. 49-50.

Como todo ramo jurídico, o direito processual civil constitui objeto de uma ciência específica. O direito processual despertou como ciência na segunda metade do século XIX, a partir de quando pôde ser definido seu objeto específico e estabelecido seu método próprio. Até então era havido e tratado como mero apêndice do direito privado e chamado direito adjetivo porque não lhe atribuíam os juristas o predicado da autonomia: o adjetivo não tem vida própria e não passa de uma qualidade do substantivo, sempre dependente da existência deste para que possa existir.

A afirmação da cientificidade do saber processual, tida como evidente *per se*, configura-se, na verdade, como petição de princípio no contexto da obra; além disso, como já foi visto²⁴⁷, a afirmação de que o “direito processual despertou como ciência na segunda metade do século XIX” é no mínimo discutível face ao estado da técnica brasileira à época.

Dinamarco, todavia, preocupa-se em formular um conceito de ciência²⁴⁸:

Tem-se por *ciência* o conjunto de conhecimentos ordenados segundo método próprio, com adequação à realidade ordenada, certeza quanto aos resultados das investigações e coerência unitária dos juízos alcançados (Miguel Reale); além disso, toda ciência tem seu próprio objeto material, que a distingue das demais. O processo civil só se alçou à condição científica, assim delineada, a partir de quando absorveu como seus certos institutos e, construindo seu próprio método, pôde ganhar coerência unitária dos conceitos afirmados.

Conceito discutível, já que depende de um conceito de “método” formulado como se segue²⁴⁹:

Método é o modo pelo qual determinada ciência encara e examina seu objeto material; o método próprio ao direito processual constitui-se dos princípios que lhe sobrepairam, do reconhecimento de sua inserção no direito público e, modernamente, da constante preocupação pela oferta de

²⁴⁷ Capítulo 3.1.

²⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 50.

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v. p. 51.

meios para o efetivo acesso à justiça mediante resultados efetivos e justos. Tal é o método do processo civil de resultados.

Ora, se “a ciência é o conjunto de conhecimentos ordenados segundo um método próprio”, e método, a seu turno, é “o modo pelo qual determinada ciência encara e examina seu objeto material”, temos que a ciência é determinada pelo método que, por sua vez, é pela ciência determinado. Um típico caso de raciocínio circular.

De resto, o conceito de ciência adotado poderia incluir, tal como anotado por Oldroyd em comentário às idéias de Feyerabend, até mesmo o estudo da feitiçaria, podendo-se falar, tal como numa “Ciência do Direito Processual”, numa “Ciência da Feitiçaria”²⁵⁰. Um conceito que, no âmbito da Filosofia da Ciência, se reputa problemático, quando não ultrapassado.

3.3.5 Alexandre Freitas Câmara

Este autor delinea uma “Evolução Científica do Direito Processual”, que, enquanto afirma não levar “em consideração a evolução do processo civil romano, por exemplo”, menciona porém “fases” como a “imanentista”, na qual “o processo era mero apêndice do direito material”. Distingue-se, a partir do “imanentismo”, um “direito substantivo” de um “adjetivo”: denominações que, como ressalva, quedam-se “hoje inteiramente ultrapassadas, e equivocadas do ponto de vista científico”²⁵¹.

Apesar deste início cauteloso, Câmara pouco destoa da tradição manualista, ao enumerar os sistemas de produção de provas²⁵²:

O primeiro sistema de valoração da prova conhecido foi o da prova legal, originário das *ordálias* (ou *juízos de deus*). Neste

²⁵⁰ OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, s/d. Tradução livre, Parágrafo único.

²⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 08.

²⁵² *Ibidem*, p. 418-420.

sistema primitivo (o das ordálias), acreditava-se que a parte que estivesse com a razão seria protegida pela divindade. Desta época são os meios de prova mais estapafúrdios e cruéis, como a utilização de água fervente (a ser jogada sobre a parte, a fim de verificar se a mesma mentia) ou da fogueira. Este sistema, obviamente, evoluiu, até chegar ao da *prova legal*.

Por este sistema, a lei atribui “valores” fixos aos meios de prova, os quais devem ser seguidos pelo juiz ao formar seu juízo de valor. Assim, exemplificando, se a lei atribuisse à prova testemunhal peso um, à prova documental peso dois e à confissão peso três, o juiz, ao final do processo, deveria verificar quantos de cada um desses meios probatórios cada parte dispõe, para que possa declarar então quem teve a melhor sorte no processo. Tal sistema, hoje inteiramente superado, transformou o processo em verdadeiro jogo, onde o sucesso ficaria ao lado do melhor estrategista.”

Superado (ainda que – como visto – não inteiramente) o sistema da prova legal, chega-se ao sistema, ainda distante do ideal, da *íntima convicção*, segundo o qual o juiz deve julgar de acordo com seu convencimento, o qual deverá ser formado através de quaisquer elementos. [...]

Por fim, o último sistema conhecido, e também o mais adotado, sendo o usado em nosso Direito Processual Civil, é o da *persuasão racional* (também chamado sistema do livre convencimento, ou ainda do livre convencimento motivado). [...]

Além de basear sua decisão nas provas existentes nos autos, o juiz deverá apresentar no *decisum* os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela forma.

Sub-repticiamente, aqui estão todos os elementos do emprego usual da história nos Manuais: progresso linear e positivo; irracionalidade das formas “primitivas” do passado; perfeição acabada, “racional” das formas contemporâneas; tudo isto obtido às custas de uma simplificação caricata e vaga do passado, cuja única função parece ser a de fornecer elementos ao presente objetivando a exaltação do direito atual, o único merecedor da qualificação de “racional”.

Fugindo de Roma, Câmara, no entanto, não consegue escapar daquilo que ela representa noutros autores: a exaltação do status atual do saber e das instituições jurídico-processuais contemporâneas. Embora levemente mais sofisticado,

nele a “evolução científica” ocupa o lugar em que, por exemplo, em Cintra, Grinover, e Dinamarco, se assenta a “evolução histórica”. A “Ciência” toma o lugar de “Roma”, ambas idealizadas e apontando para o presente como resultado de longo desenvolvimento.

Tanto é verdade que não se cita nem a época, nem sequer um nome associado a tais posturas “imanentistas”; afirma-se apenas que tais conceitos “*continuam – infelizmente – a ser empregadas por alguns autores e, principalmente, por muitos operadores do Direito*”²⁵³

Esta fase “imanentista”, segundo Câmara, é sucedida pela publicação, em 1868, da obra de Von Bülow denominada *Die Lehre von den Processeirenden und die Processvoraussetzungen* (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais), “*com a qual se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica*”, bem como a “*fase científica do Direito Processual, assim denominada por ter sido uma fase em que predominaram os estudos voltados para a fixação dos conceitos essenciais que compõem a ciência processual, tais como os de ação, processo e coisa julgada.*”²⁵⁴

Assume-se, decerto, que a publicação da obra de Von Bülow acarretou seu conhecimento instantâneo e sua aceitação unânime no Brasil; Câmara até arrisca, diferentemente da maior parte de seus colegas manualistas, mencionar o nome de alguns de seus conterrâneos ativos à época da obra de Bülow:

O estudo do processo, durante muito tempo, foi o estudo de suas formas e dos atos que o compõem. Foi a época dos *praxistas*, juristas que em suas obras não tiveram grandes preocupações teóricas, tendo se dedicado ao estudo do que hoje denominaríamos “prática forense”. O maior de nossos praxistas, considerado até hoje o ancestral da ciência processual brasileira, foi *Francisco de Paula Baptista*, [autor de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial] [...]. O Brasil teve, ainda, outros praxistas de destaque [citam-se, em nota de rodapé, o Barão Joaquim Ignácio Ramalho,

²⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 9.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 09.

que redigiu *Praxe Brasileira*, de 1869, e o Marquês de São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno, com seu *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*, de 1850], mas nenhum que superasse *Paula Baptista*, jurista que esteve à frente de seu tempo, tendo antevisto teorias que só seriam descobertas na Europa muitos anos mais tarde.²⁵⁵

Quais teorias teriam sido formuladas por Paula Batista (ou Baptista)? Câmara não menciona, mas a esse respeito já se dedicou algumas das linhas deste trabalho²⁵⁶.

Da mesma forma, sem qualquer menção a fontes, citam-se também teses de Pothier²⁵⁷ – centradas, aliás, no direito romano – e de Guényvau, em conjunto com as de Von Bülow, sempre no contexto da “evolução” da “ciência processual” e do processo²⁵⁸. Mesmo este último autor, tido como o profeta do processo moderno, é citado, quando muito, apenas indiretamente e ignorando-se até mesmo as traduções em português existentes²⁵⁹.

Em pertinência, o que viria, para o processualista, vir a ser “Ciência”? O mais próximo que Câmara chega de uma definição é a seguinte:

A Ciência do Direito não tem vida própria se distanciada das normas jurídicas, da mesma forma que a análise das normas jurídicas é impossível sem que se conheça a ciência. O Direito Processual é, pois, ciência e norma, e assim deve ser estudado.²⁶⁰

O que, francamente, não permite vislumbrar exatamente o que este conceito, tão repetido, vem a ser no contexto do Direito Processual. De qualquer sorte,

²⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 139-140.

²⁵⁶ Capítulo 3.1.

²⁵⁷ Impossível não relembrar aqui a crítica irônica de Tobias BARRETO ao excessivo apego dos juristas de seu tempo ao Pothier, chamado com intimidade de “Pothierzinho” SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5-6.

²⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 140-141.

²⁵⁹ Ibidem, p. 141.

²⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 05.

resta clara exatamente a falta de precisão do autor a respeito. Tanto assim, que, em outro trecho, Câmara, ao incluir a “Doutrina” como fonte de Direito, afirma:

Todos os que estudam Direito conhecem a força dos argumentos de autoridade e a importância que se dá à fundamentação doutrinária das opiniões manifestadas por todos aqueles que de alguma forma operam o Direito.²⁶¹

Se não se houvesse já abordado alhures²⁶² o problema do “vezo” particular dos juristas brasileiros, as muitas indagações que surgiriam no bojo de uma “Ciência” que se baseia e apóia na “força dos argumentos de autoridade” restaria sem qualquer possibilidade de explicação. Como também quedar-se-iam sem resposta as questões levantadas por uma noção de conhecimento científico aliada à concepção de que os institutos jurídicos têm uma “natureza jurídica”²⁶³.

3.3.6 Vicente Greco Filho

Greco Filho talvez seja o mais acabado exemplo do uso manualista da História e do papel por ela exercido nos Manuais. Após analisar a Antigüidade Greco-Romana; a Cristandade; a Magna Carta; o Contratualismo e a Época Contemporânea²⁶⁴, tudo isto em menos de uma dezena de páginas, o autor adentra a ordem constitucional vigente.

Das várias Constituições havidas entre 1824 e 1988, nem uma palavra. Tampouco às especificidades da História brasileira. Após aprofundar-se em questões preliminares de Direito Positivo, abandona-se novamente à “narrativa histórica”, ao analisar o Direito de Ação²⁶⁵:

²⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 21.

²⁶² Capítulos 3.1 e 3.2.

²⁶³ Exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 147-150, onde se discute a “natureza jurídica” do processo.

²⁶⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17-25.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

No direito romano do período das *legis actiones* a composição dos litígios fazia-se entre o autor e o réu, os quais submetiam a questão ao magistrado privado. Com a evolução do Império Romano, mais tarde, a distribuição da justiça, por intermédio do pretor, tornou-se função oficial.

No direito germânico bárbaro predominavam as ordálias, isto é, os juízos divinos, em que as pendências eram resolvidas perante a assembléia de cidadãos sob a supervisão desta, mas por atuação do desforço pessoal.

A repetição de clichês já excessivamente familiares encontra em Greco Filho apenas uma leve alteração: do “direito bárbaro” se passa diretamente à Magna Carta inglesa de 1215 e daí já se salta, de supetão, à ordem jurídica contemporânea²⁶⁶.

As alusões à História Jurídica do país restringem-se a trechos como o seguinte²⁶⁷:

No Brasil, na época colonial, em matéria processual, vigoraram, como não podia deixar de ser, as Ordenações do Reino, porque Brasil e Portugal formavam um Estado único. Mesmo com a independência, de imediato, continuaram a vigorar as mesmas Ordenações anteriores, que eram as Filipinas. Após algumas tentativas esparsas, com a edição do Código Comercial de 1850, foi baixado, no mesmo ano, o Regulamento 737, que pode ser considerado o primeiro diploma processual brasileiro, aplicáveis às causas comerciais, continuando as cíveis a serem processadas nos termos das Ordenações e suas modificações posteriores, que alcançaram um número tão grande que se impôs uma consolidação, elaborada pelo Conselheiro Ribas, e que entrou em vigor em 1876.

O restante da narração analisa, em três parágrafos, o restante do intervalo de tempo que vai de 1850 à edição do Código de Processo vigente²⁶⁸. A favor de Greco Filho pesa o fato de dedicar-se à dissertações históricas pautado pela brevidade.

²⁶⁶ Ibidem, p. 40-41.

²⁶⁷ Ibidem, p. 60.

²⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60-61.

3.3.7 Eduardo Arruda Alvim

Este doutrinador dedica cerca espaço relativamente grande de sua obra à História do Direito, mantendo porém a praxe jurídica de autismo epistêmico: nada de fontes históricas, ou sequer de menções a historiadores; apenas comentários internos evidentemente baseados em outros processualistas.

Alvim afirmará com todas as letras o que outros apenas sugerem:

O processo moderno deriva do processo romano, mais evoluído, e do germânico, ao contrário, pouco evoluído, pois servia a um povo, então, primitivo.²⁶⁹

Não só primitivos como analfabetos e cruéis, pelo que se viu nos outros doutrinadores. Alvim declarará, da mesma forma, a sua visão da evolução da forma mais clara possível:

Podemos traçar o seguinte quadro da evolução histórica do Direito Processual Civil do Ocidente:

processo civil romano, de 754 a.C. a 568 d.C.;

processo civil romano-barbárico, de 568 a 1.100, aproximadamente;

período de elaboração do processo comum, de 1.100 a 1.500, mais ou menos;

período moderno, de 1.500 a 1868 [...];

de 1868 até hoje, podemos considerar como tendo sido o período contemporâneo²⁷⁰.

A afirmação explícita será sua única inovação, porém; como tantos outros, ele dividirá o processo civil romano em três fases, o das *legis actiones*, de 754 a.C. até 149 a.C.; do processo formulário, de 149 a.C. até 209 d.C.; e da *extraordinaria cognitio*, de 209 até o fim do Império Romano²⁷¹.

²⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 40.

²⁷⁰ Ibidem, p. 40.

²⁷¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 41.

As fontes, quando alguma há, são tão-somente de Direito Processual Civil. A impressão que fica é que Alvim tenta, desesperadamente, referenciar o direito lusitano ao romano, como se aquele fosse um desenvolvimento subsequente deste, e o nosso do lusitano, para tornar assim as becas brasileiras descendentes diretas das togas de Rômulo e Enéas. Não é a toa que se fala numa “Evolução Histórica”, que assume assim ares de processo retilíneo, acumulativo, progressivo.

Dirá Alvim, ainda, que a invasão árabe da Península Ibérica, que se estendeu de 711 a 1492 “*pouco representou do ponto de vista da cultura jurídica*.”²⁷² Se assim fosse, seria difícil justificar a permanência de palavras como tarifa, alfândega, almoxarife, ou ainda algarismo, álgebra, e cifra, relevantes no vernáculo e até mesmo na linguagem jurídica, e compreender a “*tendência cartorial e centralizadora do Estado português*”, sem supor “*a presença dessa influência da sociedade muçulmana*”²⁷³.

Sobre História Nacional, dirá o de praxe sobre o Regulamento 737 e a Consolidação Ribas²⁷⁴ antes de entrar na contemporaneidade e no Direito Positivo vigente. O principal atributo de Alvim, destarte, parece ser a obviedade.

3.3.8 Moacyr Amaral Santos

SANTOS dedica um capítulo inteiro à “evolução histórica do processo civil”²⁷⁵, a começar, naturalmente, por Roma e seus três períodos das *legis actiones*, do processo *per formulas* e o da *cognitio extraordinaria*.

²⁷²Ibidem, p. 52.

²⁷³RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *Curso de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília: UnB, 1982 p. 66-67.

²⁷⁴ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 53-54.

²⁷⁵SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 37-61.

Mostra-se minucioso no desenvolvimento do tema, muito embora cometa alguns deslizes²⁷⁶ e demonstre não fugir da praxe evolucionista. Situando a queda de Roma em 476 d.C.²⁷⁷, ele descreve o “*processo romano-barbárico*”, “*rudimentar*”, integrado por “*experimentos cruéis*”, como as infames ordálias,

tais como a prova pelo fogo, a prova pela água fervendo, a prova pelo cadáver, a prova pela água fria, a prova pela serpente, a que se submetia o réu, no pressuposto de que Deus, proclamando a verdade, viria em seu socorre, livrando-o incólume dos tormentos²⁷⁸

A ênfase dada à este catálogo de horrores rege-se pela mesma simplificação caricata do passado e pelo elogio oblíquo da ordem jurídica vigente já vistos. O aturado lugar comum da oposição “bárbaro irracional contra romano racional” parece em Santos, porém, variar um pouco:

O processo germânico, aos poucos, em várias e amplas regiões, foi substituindo, pela sua contínua prática pelos vencedores, o romano da época imperial, que, entretanto, resistia ao desaparecimento, a ponto de se manter invulnerável em Roma e Ravena. Por outro lado, auxiliando a resistência, muito contribuiu o direito da Igreja, de fundo justinianeu, de larga aplicação pelo desdobramento de sua jurisdição a relações de natureza não espiritual.²⁷⁹

A ousada tentativa do manualista de acrescentar um toque de dramaticidade ao fim da civilização romana, com “romanos *partisans*” resistindo bravamente na “Itália ocupada pelos alemães” redonda numa tremenda confusão. Quando o Direito “justinianeu” é, por fim, tomado pelo Canônico, perde-se por completo

²⁷⁶ Por exemplo, confunde “peregrino” com “estrangeiro”, ao comentar as inovações do direito formulário, que, segundo a tradição, foi uma construção do “pretor peregrino” romano (SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit, p. 40). Na verdade, há uma diferença sutil, já que os peregrinos eram “os súditos livres não cidadãos, nem latinos”, ou seja, que não gozavam nem mesmo das prerrogativas restritas a que tinham acesso os que gozavam do status de latino. MONTENEGRO, Artur. *A Conquista do direito na sociedade romana*. – Lisboa: Livraria Arco-íris, p. 73-76. SANTOS sugere ainda, em inúmeros pontos, encarar as *Leges* de forma não distinta das leis contemporâneas.

²⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit, p. 44.

²⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 44-45.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 45.

qualquer tentativa de compreender o que Santos realmente quer dizer. Para completar o retrato, ele trata como sinônimos o “processo romano-longobardo” e o “processo romano-barbárico”²⁸⁰.

Numa rápida pincelada, discute o dogmata, ao mesmo tempo, a glosa, o direito comum e o canônico²⁸¹, antes de se adentrar no Código de Processo Francês de 1806 e no Austríaco de 1877²⁸².

Em breves linhas, Santos fala do Processo Português desde 1139 até as Ordenações Filipinas²⁸³ (1603) – ao qual dedica, aliás, menos da metade do espaço destinado à análise do Direito Romano –, e logo adentra o Processo Civil pátrio, resumindo o intervalo de tempo que vai da Independência aos dias de hoje em aproximadamente sete páginas²⁸⁴.

3.4 Elementos comuns

É perceptível a existência de elementos comuns perpassando a obra dos manualistas analisados. Apesar de algumas variações, cuja responsabilidade reside mais em idiosincrasias pessoais que em divergências reais, pode-se afirmar a ocorrência dos seguintes caracteres:

1) O cientificismo. Há, na afirmação constante do caráter científico do Direito Processual Civil, uma valorização evidente da “Ciência”, muito embora as parcas tentativas de delimitar este conceito tenham malogrado.

2) A antimetafísica. Notável é, em especial nas infalíveis e habituais menções ao “processo bárbaro” e às infames ordálias, a ocorrência de uma quase in-

²⁸⁰SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 45.

²⁸¹SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 45-47.

²⁸²Ibidem, p. 47-48.

²⁸³Ibidem, p. 49-51.

²⁸⁴Ibidem, p. 53-61.

conspícua crítica ao seu caráter divino e supersticioso que beira uma impiedade de sabor iluminista, por assim dizer.

3) O rigorismo metodológico (ou metodologismo). Um pouco menos evidente, a noção de que é preciso um método rigoroso e adequado para se estudar determinado objeto é consorte do cientificismo e encontrado aqui e acolá nos Manuais analisados.

4) A instrumentalização da História. Talvez o mais evidente dos elementos comuns, consiste nos repisados revisionismos históricos, sempre acompanhados de projeções às vezes escandalosas de acepções e noções contemporâneas ao passado, para que, tingidos pela cor da tradição, adquiram uma maior respeitabilidade e uma maior resistência à críticas; também ocorre quando se supõe ser a História uma sucessão linear e naturalmente evolutiva de eventos.

5) Os lugares-comuns. A repetição *ad nauseam* dos mesmos clichês (exemplo, germanos = bárbaros = irracionalismo) é óbvia e indica, no mínimo, haver um geral desconhecimento dos Manuais sobre noções e eventos mais básicos de História, assim como um compartilhamento fechado de pontos de vista.

6) O autismo epistemológico. A ausência de menção a fontes externas ao âmbito dos próprios Manuais, somada a uma vagueza e ao recorrente anacronismo e anacronismo de muitas das afirmações comumente encontradas aponta não apenas para o fato de que os dogmas pouco conversam com outros saberes, mas que dialogam quase que exclusivamente entre si.

Conclusões

Ao fim deste trabalho, contemplam-se mais indagações do que respostas. A partir do tronco principal – um questionamento acerca do papel da História nos Manuais de Processo Civil – nasceram inúmeros outros ramos, alguns em direções imprevistas.

Na busca por uma resposta ao questionamento inicial, fez-se necessário investigar qual era a influência da mentalidade positivista, com seu cientificismo, sua posição antimetafísica, seu empirismo (e seu formalismo) e seu metodologismo na estruturação do problema da História.

Também foi preciso estudar quais seriam as relações dos vários positivismos e cientificismos (abundantes nos séculos XIX e XX) com o Juspositivismo, bem como investigar a origem e a composição daquela repulsa à História tão evidente e distintiva nos juspositivistas.

A partir daí surgiu a exigência de avaliar a própria constituição da Dogmática Jurídica, em sua relação com o Juspositivismo e também com o Pensamento Jurídico anterior ao predomínio positivista. Só então foi possível notar a manipulação da História pelos juspositivistas e dogmatas e ponderar seus efeitos na própria Dogmática.

Os resultados desta pesquisa inicial tiveram de ser confrontados, ainda que de forma ligeira, com as peculiaridades do Pensamento Jurídico nacional e do Prisma sob o qual se poderiam enxergá-las, levando em consideração a época do ingresso das idéias positivistas no Brasil.

À luz disto tudo se pôde voltar à pergunta inicial e analisar alguns dos mais expressivos manualistas de Processo Civil, sendo possível, então, notar não apenas semelhanças no seu trato com a História, mas uma série de elementos comuns com os quais comungam.

Foi preciso reconhecer, em primeiro lugar, a impossibilidade da aplicação direta e irrefletida das idéias européias, e atentar para as diferenças que apresentam tão logo cruzam o Atlântico. As relações entre o Juspositivismo e o Positivismo de linhagem comtista, que tão profundamente se arraigou no Brasil no último quartel do século XIX e no primeiro do século XX, não se afiguraram do mesmo feitio das ocorridas na Europa.

Considerou-se o estado em que se encontrava a literatura jurídica, em especial a dos “praxistas”, quando o comtismo começou a penetrar no país. Especial-

mente problemática delineou-se, assim, a configuração da Dogmática e do saber jurídico nacionais, como que no meio de um cabo de guerra entre as tendências positivistas e o prisma lusitano.

Complexidade especial envolveu, assim, o problema da História no Positivismo comtista, e as suas influências no Pensamento Jurídico pátrio da época, incluindo-se aí a Dogmática dos Manuais. Algo do Manualismo daqueles tempos ainda se encontra nos seus congêneres contemporâneos.

Um historiador chegará a afirmar que a “*História do Direito começa antes da História do Brasil.*”²⁸⁵ Se isto é verdade, também se pode assumir, a julgar pelo que dizem os Manuais, que a História do Direito termina antes que se inicie a História do Brasil.

Esta contradição, *prima facie* tão gritante, parece na verdade ignorada pelos Manualistas de Processo Civil. O silêncio da Dogmática com relação a esta questão, bem como outras a ela relativas, soa como a mais uma expressão daquele “vezo” particular dos juristas pátrios: a inércia, tão bem demonstrada pelo apego demorado dos juristas de fins do oitocentos ao prisma luso, e também pela incrível vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, que se prolongou aqui mais do que na metrópole.

Uma inércia demonstrada não só por uma tendência de excessivo apego à autoridade, mas também por uma dificuldade que os dogmatas apresentam para mudar de rumo. Veja-se, respeito, a questão da cientificidade do Processo Civil.

A insistência com que os dogmatas afirmam a cientificidade do seu próprio objeto de estudo, desde a época imperial, afigura-se como um esforço tragicômico, quase sisifístico. A harmonia de vozes que a permanência de uma tradição como esta sugere é ilusória, contudo. Comprova-o o fato de, apesar da Filosofia da Ciência ter se alterado radicalmente nos últimos 150 anos, os doutrinadores – em

²⁸⁵ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro desde as origens até o advento do novo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-28.

especial, os de processo civil – ainda se sentem obrigada a afirmá-la, e amiúde. Ademais, não se parou, no interior do Processo Civil pátrio, para se analisar se, de fato, seria possível uma “Ciência Dogmática do Processo Civil” e quais seriam os seus limites e possibilidades. Ou mesmo para indagar a possibilidade de uma “Ciência Dogmática”, antes disso.

Sorte melhor parecia ter recaído ao esforço antimetafísico. Mas as abundantes menções a um objetivo transcendente ao Processo (“Justiça” ou “Paz social”), somadas às sempre encontradas referências a pesquisas em torno da “natureza jurídica” dos institutos processuais refutam tal otimismo. E isto para não se falar nas tão facilmente encontradas declarações de religiosidade sincera estampadas nas páginas iniciais dos Manuais. Um detalhe trivial, mas expressivo do quão inconsciente pode ser a incoerência dos dogmas.

Mesmo o problema metodológico – profundamente debatido por Saldanha em um de seus livros – não parece bem fixado, ou sequer formulado com precisão. Associado à noção de ciência e ao avanço do Positivismo no âmbito jurídico, a questão metodológica se ressentia da imprecisão que cerca a primeira e da crise atravessada pelo segundo.

No concernente à relação da Dogmática com a História. São visíveis – e, às vezes, risíveis – as muitas impropriedades cometidas pelos dogmas, especialmente quando se disfarçam de romanistas.

Enquanto a descrição do processo romano representa o zênite imaginário do direito, o bárbaro representa o seu nadir; aquele é uma utopia de ordem e perfeição; este, uma distopia de caos e feiúra. Ambas as visões são historicamente falsas e incorretas. Sua função – ou uma delas – é contrastar, tanto quanto possível, uma da outra. Exercem, por assim dizer, o papel de Ariel e Caliban. Com seus exemplos de correção e de erro, destacam, como num jogo de luz e sombra, a imagem da justificação ideológica do presente.

Mas afirmar que a História exerce um papel de legitimação e justificação da ordem vigente não responde a todas as questões. Não explica o apego ao Direito

Romano – que parece, não obstante, um fragmento do tenaz prisma lusitano – nem como podem conviver a legitimação pela tradição com a legitimação pela razão nos Manuais, sem qualquer acusação de incoerência. Nem esclarece, ainda, como a História logrou obter o direito de cidade no interior da Dogmática dos Manuais de Processo, geralmente tão arredia na concessão de cidadania. Na instrumentalização da História reside um *quid* que impede à Juspositivismo. Dogmática enquadrar-se exatamente no conceito de

E ainda, patenteado que, no Brasil não é possível afirmar que o “Positivismo Jurídico nada tem a ver com o Positivismo Filosófico” – como afirmou Bobbio –, resta saber exatamente *o quê* eles têm a ver um com o outro. Que relações, que influências, divergentes ou convergentes, terão exercido um sobre o outro e sobre a formação atual do Pensamento Jurídico e do Ordenamento brasileiros?

Outra questão diria respeito aos fundamentos do saber Dogmático. Seria o empirismo ou o formalismo? Enquanto obras Dogmáticas declaradamente “científicas”, cujo objeto de estudo só pode ser o Direito Positivo e suas normas, os manuais estão vinculados e epistemologicamente comprometidos com tais pressupostos, que, no entanto, são sempre delicadamente evitados pelas remissões a que sua assunção declarada atrairia (o empirismo atrairia a questão da redução do Direito à sua eficácia, ao passo que o formalismo, à sua validade, por exemplo): cuidam-se, assim, de fundamentos subterrâneos, cuja existência é demonstrada pela sua necessidade, mas cuja formação resta incerta.

É difícil, por exemplo, resistir à atração de não ver na visão de História linear e progressiva evidenciada nos Manuais um eco distante das idéias de Comte e sua lei dos três estados.

Ou deixar de notar, por outro lado, que as inegáveis semelhanças entre os Manuais podem estar sugerindo a existência de uma fonte comum. Ou não imaginar a possibilidade da aplicação de uma versão adaptada das ideias de Kuhn para afirmar, com base na existência de um *paradigma*, do qual se vêem por ora apenas indícios, que de fato existe uma “Ciência do Direito Processual”: embora bem distinta da “Ciência” desejada pelos dogmatas.

Sobra ainda uma outra questão. Em retrospecto, a presença de elementos comuns nos Manuais e sua malversação da História parecem óbvias até mesmo aos manualistas. De duas uma: ou a doutrina não o sabe, ou não quer saber. Qual delas?

Mais uma das muitas perguntas suscitadas ao longo deste trabalho e que serão deixadas, pelo menos por enquanto, sem resposta. Terá razão em parte, ainda hoje, Euclides da Cunha, quando, por ocasião de seu discurso de recepção na Academia Brasileira, em 1906, afirmou que “*não tínhamos ainda história, mas apenas anais.*”²⁸⁶ Esta monografia espera contribuir com algo, no sentido de que, pelo menos no âmbito da História do Direito Processual Civil, Euclides deixe de ser tão atual.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Lisboa: Presença, 2000. v. 11
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.
- ABRÃO, Baby. Vida e obra. In: *Os Pensadores*: Aristóteles. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. Expressões do direito processual no Brasil Império: Francisco de Paula Baptista. In: RUFINO, Almir Gasquez, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 252-253.
- A IGREJA Positivista da Rua Benjamin Constant. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701995000300006&lng=en&nrm=iso>.
- ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. A insustentável leveza juspositiva: da utopia científica à hermenêutica como “terapia filosófica”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: a filosofia no direito e a filosofia do direito, Porto Alegre, v.1, n. 5.

²⁸⁶SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 209.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. In: _____. *Contributi ad um dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996.

BROWN, Peter. *O fim do mundo clássico: de Marco Aurélio a Maomé*. Lisboa: Verbo, 1972.

BURGUIÈRE, André. Positivismo. In: _____. (Org.) *Dicionário das ciências históricas*. Rio de Janeiro: Imago, 1993.

BRUSIIN, Otto. *O pensamento jurídico*. Campinas: Edicamp, 2001.

CAENEGEM, R.C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

CAETANO GOMES, Rodrigo Elias. *O Tratado de direito natural de Tomás Antônio Gonzaga e o discurso político no período pombalino: 1750-1777*. Disponível em: <<http://www.klepsidra.net/klepsidra13/antoniogonzaga.htm>>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*. São Paulo: M. Claret, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Antonio Joaquim Ribas. In: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 36.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DIAS, Iberê de Castro. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v.

DOMINGUES DA SILVA, Nady Moreira. *Positivismo no Brasil*. Disponível em: <http://cynthia_m_lima.sites.uol.com.br/positi.htm>.

DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Smapaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2001.

FRIEDMAN, Michael. Logical Positivism. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1 CD-ROM. Windows XP.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Quando a empiria é necessária?* Disponível em: <[www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Roberto%20Fragale %20Filho.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Roberto%20Fragale%20Filho.pdf)>.

FUMAROLI, Marc. Prefácio. In: BOÉCIO. *A Consolação da Filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1998.

GARDINER, Patrick. *Teorias da história*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GELIUS, Aulus Cornelius. *Noctes atticae*. Disponível em: <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/Praefatio*.html>.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HARTOG, François. *O século XIX e a história: o caso Fustel de Coulanges*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteaux, 2005.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: M. Fontes, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia: a formação do homem grego*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes.

KINCAID, Harold. Positivism in the social sciences. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1 CD-ROM. Windows XP.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LALANDE, André. Cientificismo. In: *VOCABULÁRIO técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1999.

LALANDE, André. Positivismo. In: *VOCABULÁRIO técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997.

LIMA BARRETO, Afonso Henrique. *Triste fim de Policarpo Quaresma*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito*: Instituições Jurídicas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LOT, Ferdinand. *O Fim do mundo antigo e o princípio da idade média*. Lisboa: Edições 70, 1985.

LOUREIRO DE SOUSA, Ana Paula. *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Millenium, 2003. v. 1.

MARTÍ, Oscar. Positivism thought in Latin America. In: *Routledge encyclopedia of philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1 CD-ROM. Windows XP.

MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1978. v. 5-6.

MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

MONCADA, Luís Cabral de. Crise do Romanismo na Europa. In: *ESTUDOS de história do direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1949. v. 2.

MONTENEGRO, Artur. *A Conquista do direito na sociedade romana*. Lisboa: Livraria Arco-íris.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEURATH, Rudolf et al. *The scientific conception of the world*. Disponível em: <<http://gnadav.googlepages.com/TheScientificConceptionoftheWorldeng.doc>>.

ODA, Hiroshi. *Japanese Law*. New York: Oxford, 2002.

OLDROYD, David. *Storia della filosofia della scienza*. Firenze: Il Saggiatore, 2002.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: <www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf>

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro desde as origens até o advento do novo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAIM, Antônio. *Curso de introdução ao pensamento político*. Brasília: UnB, 1982.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Ricardo Vélez. O Castilhismo. In: *CURSO de introdução ao pensamento político*: unidade VII e VIII. Brasília, UnB, 1982.

ROULAND, Norbert. *Roma, democracia impossível?* os agentes do poder na urbe romana. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

SALDANHA, Nelson. A propósito de 'crítica da dogmática'. Anotação a um texto de Cossio. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 8, v. 27, abr./jun. 1984.

SALDANHA, Nelson. As Constantes axiológicas da experiência jurídica brasileira. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 12, v. 48, jan. 1988.

SALDANHA, Nelson. A Teoria do 'Poder Moderador' e as origens do direito político brasileiro. *Revista trimestral de jurisprudência dos estados*, São Paulo, ano 13, v. 63, abr. 1989.

SALDANHA, Nelson. Consciência histórica: um esboço. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 17, n. 67, jul./set. 1967.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001.

SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, jan./mar. 1985.

SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

SALDANHA, Nelson. O Direito público romano como imagem histórica. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 10, jun./dez. 1996.

SALDANHA, Nelson. *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Recife: Imprensa Universitária, 1964.

SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 7, n. 26, out./dez. 1983

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SOUSA GUSTIN, Miracy Barbosa de; SILVEIRA, Jacqueline Passos da; AMARAL, Caroline Scofield. *História do direito: novos caminhos e novas versões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002. v. 1.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, n. 5, jun. 1982.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WILLIAMS, Michael. Feyerabend, Paul Karl (1924-1994). In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Version 1.0, London: 1998. 1 CD-ROM. Windows XP.

Dedicatória

Dedico esta monografia a todos aqueles que contribuíram, de qualquer forma ou por qualquer meio, para obstá-la, atrasá-la, e dificultá-la. Sua conclusão será apenas o primeiro de meus triunfos sobre vocês.

Dedico-a também, e especialmente, àquele que tachou as idéias aqui expressadas, de ‘anticientíficas’. Sobre ti, sumo pontífice da ciência jurídica, lanço estas páginas, *cum ira et studio*.

Agradecimentos

Não peço desculpas a ninguém pelo “tempo roubado ao convívio”. Todos aqueles que eventualmente sentiram a minha ausência compreendem minhas razões, e, se não compreendem, certamente o repisamento de um clichê tão batido quanto este seria antes uma ofensa que um remédio.

Agradeço a Ana, por tudo.

E aos meus amigos, Bruno, Enos, e Rafael, pelas cobranças, pelas conversas, pelo realismo.

E a Bistra, *mea magistra*, pela gentileza e pela enorme confiança em mim depositada.

Normas Editoriais

1 Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um trabalho está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento não sobriga a sua publicação. A revista *Universitas Jus* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigo: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenha: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

1.3 Monografia: trabalho apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel, indicado pela banca avaliadora.

1.4 Relatório de pesquisa: compreende os trabalhos desenvolvidos no âmbito do Programa de Iniciação Científica.

2 Excepcionalmente o Conselho Editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3 O processo de avaliação dos trabalhos compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Conselho Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc* (Conselho Consultivo)

4 Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria.

5 A submissão de trabalhos é feita eletronicamente pelo site www.publicacoesacademicas.uniceub.br. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: devem constar o título do trabalho, nome de todos os autores por extenso, minicurrículo de cada autor, o sumário, o resumo e as palavras-chave do texto.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 200 palavras e espaço entre linhas simples. Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 5892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

6 A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

7 Com a publicação de artigo ou monografia, o autor receberá 2 exemplares da revista. No caso de resenhas e relatórios de pesquisa, o autor receberá 1 exemplar.

